Die Veräußerung von Grundstücken im Wege der Zwangsvollstreckung im Gegensatz zur rechtsgeschäftlichen Grundstücksveräußerung.

Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Breslau

vorgelegt von

Horst Wilhelm Schneider

Referendar zu Bad Reinerz.

/

1933

Druck: Buchdruckerei E. Groeger, Habelschwerdt, Grafschaft Glatz.

Gedruckt mit Genehmigung
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Breslau
Berichterstatter: Professor Dr. H. A. Fischer.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen lieben Eltern!

VORWORT:

Wir konstruieren nicht um zu konstruieren,
sondern um das Innere
des Rechtsverhältnisses zu erforschen.

Kohler: Der Prozeß als Rechtsverhältnis.

Inhaltsverzeichnis.

Die Veräußerung von Grundstücken im Wege der Zwangsvollstreckung im Gegensatz zur rechtsgeschäftlichen Grundstücksveräußerung.

I. Teil. *Seite*

Die Vorschriften über die rechtsgeschäftliche Veräußerung sind nicht anwendbar:

A. Die Rechtsnatur der Zwangsversteigerung.

I. Geschichtlicher Überblick.

§ 1. 1. Das Deutsche Recht bis zur Rezeption . . . 2

§ 2. 2. Das Deutsche Recht seit der Rezeption . . . 5

II. Das geltende Recht 7

§ 3. 1. Widerlegung der Lehre von der Schuldnervertretung 8

§ 4. 2. Widerlegung der Lehre von der Gläubigervertretung 15

3. Die Veräußerung im Wege der Zwangsvollstreckung ist ein besonders gearteter Staatshoheitsakt:

§ 5. a) Das Staatsorgan handelt nicht als Vertreter. 17

§ 6. b) Die durch den Zuschlag geschaffenen Rechtsbeziehungen sind ähnlich dem zweiseitigen Verwaltungsakt 21

§ 7. c) Auseinandersetzung mit der Ansicht von Huber über Inhalt und Ausgestaltung der Rechtsbeziehungen zwischen Staat und Ersteher . . 27

§ 8. d) Widerlegung von Einwänden gegen die hier vertretene Ansicht von der Rechtsnatur der Veräußerung in der Zwangsversteigerung . . . 31

§ 9. B. Aus der Rechtsnatur der Zwangsversteigerung folgt, daß bürgerlichrechtliche Vorschriften keine analoge Anwendung finden können 34

II. Teil. *Seite*

Zur Ausfüllung von Lücken sind die Grundsätze des öffentlichen Rechts heranzuziehen.

A. Rechtskreis Staat-Ersteher.

1. Wie sind Mängel der Willensbildung zu behandeln

§ 10. 1) bei der Erklärung des Erstehers 36

§ 11. 2) bei der Erklärung des Staatsorgans? . . . 39

§ 12. II. Wie ist die Rechtslage, wenn der Staatshoheitsakt ohne die entsprechende Willenserklärung des Privatmannes ergeht? 42

§ 13. III. Finden die Vorschriften des bürgerlichen Rechts über den Eigentumserwerb auf Grund guten Glaubens auf den Ersteher Anwendung? . . . 45

B. Rechtskreis Voreigentümer-Ersteher.

§ 14. I. Bestehen zwischen Voreigentümer und Ersteher Rechtsbeziehungen, insbesondere Bereicherungs-, Ersatz-, Ausgleichsansprüche? 47

§ 15. II. Wie sind Verschlechterungen, völliger oder teilweiser Untergang des Grundstücks, die in der Zeit zwischen Abgabe des Gebots und Verkündung des Zuschlags eintreten, zu behandeln? 51

Literaturverzeichnis.

Apelt: Der verwaltungsrechtliche Vertrag 1920.

Bornemann: Systematische Darstellung des preuß. Zivilrechts. Berlin 1835.

Binder: Prozeß und Recht. Leipzig 1927.

Blach: Die rechtliche Natur der Zwangsversteigerung in Gruchots Beiträgen. Bd. 55, 322.

Brunner: Deutsche Rechtsgeschichte. Leipzig 1887.

Claproth: Einleitung in den ordentlichen Bürgerlichen Prozeß. 1817.

Dernburg: Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts. Leipzig 1860.

Damhouder: Tractatus de subhastationibus ca. 1650.

Eckstein: Der rechtliche Charakter der Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung und die rechtliche Stellung des Versteigerungsrichters und Zwangsverwalters. Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß 40, 48.

Emmerich: Pfandrechtskonkurrenzen. Nach Bürgerlichem Handels-und Prozeßrecht. Berlin 1909.

Falkmann: Die Zwangsvollstreckung mit Ausschluß der Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen. 1888.

Fischer-Schäfer: Die Gesetzgebung betreffend die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen im Reich und in Preußen. Kommentar 2. Auflage 1910.

Freund: Die Übertragung der Rechtsausübung 1910.

Förster-Eccius: Preußisches Privatrecht. 7. Auflage.

Geib: Rechtsschutzbegehren und Anspruchsbestätigung. München 1909.

Goldfeld: Streitfragen aus dem deutschen Erbrecht. Hamburg 1893.

Goldschmidt: Der Prozeß als Rechtslage. Berlin 1925.

Grabner: Die Natur des Zwangsvergleichs. Z. f. deutsch. Zivilprozeß 1920.

Günther:	Das Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung vom 24. März 1897.
Hellmann:	Lehrbuch des deutsch. Konkursrechts 1907.
Hein:	Handbuch der Zwangsvollstreckung. 2. Aufl. 1914.
„	Duldung der Zwangsvollstreckung 1911.
Herrnritt:	Der verwaltungsrechtliche Vertrag. 1920.
Hirsch:	Die Übertragung der Rechtsausübung. 1910.
Huber:	Die rechtliche Natur der Zwangsversteigerung nach schweizerischem Betreibungsrecht. Zeitsch. f. schweiz. Recht N. F. 24.
Husserl:	Rechtskraft und Rechtsgeltung.
Jaeckel-Güthe:	Kommentar zum Zwangsversteigerungsgesetz, Berlin 1929.
Jaschkowitz:	Der Vertrag im Beamtenrecht. Arch. öffentl. Recht 1929, 321.
Jellinek:	Verwaltungsrecht, Berlin 1928.
„	Der zweiseitige Verwaltungsakt und Verwaltungsakt auf Unterwerfung. Festgabe für Preuß. OVG. 1925.
Kelsen:	Hauptprobleme der Staatsrechtslehre 1923.
„	Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft. Arch. öffent. Recht 1913, S. 53 ff, 190 ff.
Kohler:	Der Prozeß als Rechtsverhältnis. 1888.
„	Lehrbuch des Konkursrechts. 1891 und Leitfaden 2. Aufl. 1903.
Kormann:	System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte 1900.
„	Beziehungen zwischen Justiz und Verwaltung. Jahrbuch öffentl. Recht VII 1 ff. (1913).
Kretzschmar:	Das Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung. 1904.
Layer:	Zur Lehre vom öffentlichrechtlichen Vertrag, Wien 1916.
Mayer Otto:	Deutsches Verwaltungsrecht. 3. Aufl. 1924.
Meyer H.:	Das Publizitätsprinzip im Deutschen Recht. München 1909.
v. Maibom:	Mecklenburgisches Hypothekenrecht 1871.

v. Meibom:	Das deutsche Pfandrecht. Marburg 1867.
Mothes:	Die Beschlagnahme nach Wesen und Wirkung. Leipzig 1903.
Motive	zu dem Entwurf der Zwangsversteigerungsgesetze von 1897.
Müller WA.:	Die Wirksamkeit des Pfändungspfandrechts. Berlin 1907.
Nußbaum:	Die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung 1916.
„	Prozeßhandlungen. 1908.
Oertmann:	Grundriß des Zivilprozeßrechts, Leipzig 1930.
Pagenstecher:	Ist das Pfandrecht ein akzessorisches Recht, in Gruchotsbeiträgen 50, 274.
Peiser:	Die Zwangsverwaltung von Grundstücken 1900.
Petschek:	Die Zwangsvollstreckung in Forderungen nach öster. Recht. Wien 1901.
Phillipus:	De subhastationibus 1667.
Planitz:	Die Vermögensvollstreckung im Deutschen Mittelalterlichen Recht 1912.
Planck:	Das Deutsche Gerichtsverfahren im Mittelalter 1879.
Planitz:	Zur sächsischen Vollstreckungsgeschichte. Festgabe Sohm S. 317.
v. d. Pfordten:	Kom. z. d. Gesetz über Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung 1905.
Reinhard-Müller:	Das Zwangsversteigerungsgesetz, Kommentar 1929.
„	Streitfragen aus dem Zwangsversteigerungsrecht. Zentr. Bl. Freiw. Ger. 3, 147, 18, 268.
Reichel:	Die Zwangsüberweisung gepfändeter Fahrnis. Jahrb. f. Dogmatik 53.
Riehl:	Über die materiellen Voraussetzungen des Pfändungspfandrechts. Berlin 1888.
Rosenberg:	Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, Berlin 1931.
Rosenthal:	Beiträge zur deutschen Stadtrechtsgeschichte, Würzburg 1883.

Rothenberg: Rechtliche Natur der Zwangsversteigerung Arch. Ziv. Prax. 94, 265.

Rudorff: Zwangsvollstreckung, 1883.

Samtner. Handbuch zum Verfahren der Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung.

Siber: Der Rechtszwang im Schuldverhältnis nach deutschem Reichsrecht 1903.

Rudolf Sohm: Institutionen. Geschichte und System d. römisch. Privatrechts. 16. Aufl. 1919.

Rudolf Sohm der Jüngere: Die Pfändung durch den Gläubiger im langobardischen und fränkischen Recht, eine Abspaltung der Fehde. Festgabe für Sohm.

Stein: Grundfragen der Zwangsvollstreckung. Tübingen 1913.

Stein-Jonas: Zivilprozeßordnung für das deutsche Reich, Tübingen 1928/1929.

Strippelmann: Das Subhastationsverfahren nach gemeinem und insbesondere nach hessischem Recht. Cassel 1852.

Strey: Die Exekutionsordnung f. Gerichte. Berlin 1817, 1856.

Smoira: Die Haftung des redlichen Gläubigers nach beendeter Zwangsvollstreckung in bewegliche, dem Schuldner nicht gehörige Sachen. Königsberg 1911.

v. Spreckelsen: Der Begriff des privatrechtlichen Amts 1927.

Tezner: Das öster. Administrativverfahren. Wien-Insbruck 1925.

Wach: Der Feststellungsanspruch 1888.

Wackenthaler: Die rechtliche Natur des Zwangsvergleichs. Straßburg 1912 .

Weißler: Das deutsche Nachlaßverfahren 1901.

Wolff Paul: Der preuß. Subhastationsprozeß 1861.

Wolff M.: Das Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung. Kom. 3. Aufl. 1909.

I. Teil.

Die Vorschriften über die rechtsgeschäftliche Veräußerung sind nicht anwendbar.

Die Veräußerung im Wege der Zwangsversteigerung ist etwas Alltägliches und nimmt im Wirtschaftsleben einen beträchtlichen Raum ein. Ein flüchtiger Blick in den Anzeigenteil einer Tageszeitung, die täglich mehrere Anzeigen von Zwangsversteigerungen bringt, belehrt über die wirtschaftliche Bedeutung dieser Rechtseinrichtung zur Genüge. Nach einer Zeitungsnotiz der Berliner Börsenzeitung vom 27. Juli 1932 wurde nach sorgfältigster privater Schätzung in Berlin im Monat April 1932 im Wege der Zwangsversteigerung $^{7}/_{10}$ aller Grundstücksveräußerungen, im Wege des rechtsgeschäftlichen Verkaufs nur $^{3}/_{10}$ vollzogen. Im Jahre 1913 schwebten in Preußen 34 533, im Jahre 1931 60 945 Zwangsversteigerungsverfahren von Grundstücken (Justizministerialblatt vom 15. Juli 1932). Mögen diese Zahlen auch Höchstzahlen aus Zeiten größten wirtschaftlichen Niedergangs sein, so geht doch aus dieser Statistik deutlich die große wirtschaftliche Bedeutung der Zwangsversteigerung hervor. Je größer aber die Bedeutung einer Rechtseinrichtung im Wirtschaftsleben ist, um so mehr gewinnen auch Rechtsfragen, die sich an diese Rechtseinrichtung knüpfen, allgemeines Interesse und verdienen allgemeine Beachtung, zumal wenn je nach der Stellungnahme zu ihnen die richterliche Entscheidung das eine oder das andere Ergebnis in der Praxis zeitigt. Trotz der sehr eingehenden gesetzlichen Regelung der Rechtsbeziehungen, die durch eine Zwangsversteigerung eines Grundstücks geschaffen werden, sind doch noch verschiedene Rechtsfragen vom Gesetzgeber nicht geregelt worden und harren einer Beantwortung. Inwieweit finden z. B. die Vorschriften des allgemeinen Vertragsrechts über Anfechtung, Auslegung von Willenserklärungen, Geschäftsfähigkeit, Unmöglichkeit der Leistung, Untergang des Veräußerungsgegenstands usw. auf das Verhältnis zwischen Ersteher und Staat Anwendung?

Ist der Ersteher Rechtsnachfolger des Vollstreckungsschuldners? Erwirbt der Ersteher das Eigentum an der versteigerten Sache trotzdem er weiß, daß sie einem anderen als dem Vollstreckungsschuldner gehört? Kann der Ersteher auf Kosten des Gläubigers oder Schuldners bereichert werden? Bestehen zwischen Vollstreckungsschuldner und Ersteher Ersatz-Ausgleichsansprüche? usw.

Bei der Frage, wie diese Lücken zu schließen sind, drängt sich auf den ersten Blick die ähnlich erscheinende Rechtslage zwischen

der Veräußerung im Wege der Zwangsversteigerung und dem Kauf einer Sache auf, und man ist ohne weiteres geneigt, die Vorschriften über den Kauf zur Ergänzung heranzuziehen. Soweit man nur die Rechtsstellung des Erstehers betrachtet, scheinen unbedenklich bei ihm die gleichen Rechte und Pflichten wie bei einem Käufer vorzuliegen. Jeder Laie, der irgendeine Sache in der Zwangsversteigerung ersteht, wird sich mit der größten Selbstverständlichkeit als Käufer bezeichnen. Bei näherer Prüfung hält jedoch diese Betrachtungsweise nicht stand. Voraussetzung für eine entsprechende Anwendung wäre, daß die Zwangsversteigerung eines Grundstücks wirklich die Rechtsnatur des Kaufs hat oder ihr wenigstens ähnlich ist. Dies trifft aber nicht zu.

A. Die Rechtsnatur der Zwangsversteigerung.

I. Geschichtlicher Ueberblick.

§ 1.

1. Das deutsche Recht bis zur Rezeption.

Bis in die jüngste Zeit hinein sah man allerdings die Zwangsversteigerung als einen Verkauf an. Die Rechtsentwicklung seit den Anfängen eines Rechtsverkehrs auf deutschem Boden weist in die Richtung hin, daß die Veräußerung in der Zwangsversteigerung ein Kauf sei. Im frühmittelalterlichen deutschen Recht finden wir zwar kaum einen Anhaltspunkt für die Beantwortung der Frage, ob die Zwangsversteigerung von Grundstücken ein Kauf ist, aber schon in dieser Zeit sind diejenigen Ursachen festzustellen, die den Versteigerungsvorgang im Laufe der weiteren Rechtsentwicklung eindeutig als einen Kauf erscheinen lassen. Es ist kennzeichnend für das deutsche Recht, daß sich die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Gut erst viel später als die Zwangsvollstreckung in das bewegliche Gut entwickelt hat, denn lange Zeit überwog die germanische Vorstellung, daß Grund und Boden nicht Gegenstand privater Eigentumsrechte sein können, sondern daß sie vielmehr der Volksgemeinschaft gehören.[1]) Noch das salfränkische Recht in der karolingischen Zeit kannte keine Liegenschaftsvollstreckung, das Heimfallsrecht der Gemeinde am Grundgut bestand noch in ungeschmälerter Kraft.[1]) Eine Vollstreckung in das unbewegliche Vermögen entwickelte sich, schon angebahnt durch Chilperichs Edikt,[2]) später zur Zeit der Merowinger aus der vom König oder

[1]) *Plank II S. 244, Planitz S. 60, Brunner S. 457.*

[2]) *Ed. Chilperich anno 561 bis 584: quantamcunque possessionem habere videtur, legibus amittat et insuper exul et profugus a potestate totius regni nostri fugiens resedat.*

dem Grafen gegen einen Friedlosen erkannten Vermögenseinziehung. Aber auch hier stand bei dem Eingriff in das Vermögen der Strafcharakter dieser Maßnahme gegenüber der Befriedigung im Vordergrund, durch diese Maßnahme sollte der Schuldner angehalten werden, dem Urteilsspruche von sich aus nachzukommen.[3]) Immobiliarpfändung und Personalexekution greifen ineinander über. Für das salfränkische Recht trat durch Ludwig den Frommen[4]) der Befriedigungscharakter der Fronung in den Vordergrund, das Grundstück verfiel, wenn der Schuldner es nicht innerhalb von Jahr und Tag ausgelöst hatte, nicht mehr dem König, sondern es wurde nunmehr der Gläubiger durch Übereignung des Grundstücks für seine Forderung befriedigt.

Zur Zeit der Rechtsbücher ist der Charakter der Zwangsversteigerung als Befriedigungsmaßnahme im Interesse des Gläubigers schon klar herausgearbeitet. Nach dem Sachsenspiegel (II, 41) zerfiel das Verfahren in zwei Abschnitte, erstens in die Pfändung des Grundstücks (Fronung), in welcher Lage das Grundstück ein Jahr, sechs Wochen und drei Tage verblieb, während welcher Zeit es der Schuldner jederzeit durch Zahlung der Schuld auslösen konnte, und zweitens in die Pfandverwertung, die durch Einweisung des Gläubigers in das Eigentum des Grundstücks vollzogen wurde. Entgegen dieser im sächsischen Rechtskreis üblichen Art der Fronung wurde der Gläubiger im fränkischen Recht sogleich in den Besitz des gefronten Grundstücks eingewiesen, erhielt aber erst nach Jahr und Tag das Eigentum. Gegenüber den bisher erwähnten Rechten, nach welchem die Grundstückszwangsvollstreckung auf die Übereignung des Pfandes an den Gläubiger als letztes Ziel hinausläuft, trat zur Zeit der Stadtrechte eine Weiterentwicklung ein, derzufolge die Befriedigung des Gläubigers in erster Linie durch Verkauf des Pfandes an irgend einen dem Gläubiger genehmen, später den meistbietenden Käufer durchgeführt wurde, während die Übereignung an den Gläubiger nunmehr nur noch hilfsweise, wenn der gewöhnliche Weg, zur Befriedigung zu gelangen, nicht zum Ziel geführt hatte, vorgenommen wurde. Dieses Verfahren verdrängte auch im Gebiete des sächsischen Landrechts das Verfahren des Sachsenspiegels mehr und mehr.[5]) Zur Zeit der Stadtrechte tritt zum ersten Male die Versteigerung von Grundstücken, Vergantung genannt, im Zwangsvollstreckungsrecht in Erscheinung. Daß der Verkauf durch den Gläubiger erfolgte,

[3]) *Plank S. 254, Brunner II S. 445.*

[4]) *Cap. legi add. 816, 5. cap. 1, 268.*

[5]) *Vgl. das Magdeburger Stadtrecht von 1295, Planitz S. 661, Stadtrecht v. Freyberg editio Schott 1775.*

läßt sich an einer Reihe von Zitaten aus alten Gesetzbüchern nachweisen. Es erübrigt sich hiernach eine Stellungnahme zu der Frage, ob der Gläubiger im mittelalterlichen Zwangsvollstreckungsrecht aus eigener Machtvollkommenheit sich in den Bisitz des Pfandes setzte, das Gericht ihm also nur Pfandeshilfe leistete, der Gläubiger aber selbst vollstreckte,[6]) oder ob der Richter aus eigener obrigkeitlicher Machtvollkommenheit die Pfändung vornahm oder durch seinen Gerichtsboten vornehmen ließ.[7]) Bezüglich des Verkaufs der Pfandsache gesteht auch Meibom[8]) zu, daß sie durch den Gläubiger als Verkäufer erfolgte. Es verkaufte nicht das Gericht oder der Gerichtsbote sondern der Gläubiger, die Versteigerung wurde nicht an Gerichtsstelle, sondern in der von dem Gläubiger bestimmten Weise durchgeführt.[9])

Da aber mit dem Pfandverkauf auch zugleich die Ermittelung des Pfandwertes bezweckt war, mußten Sicherheiten dafür geschaffen werden, daß der Pfandverkauf möglichst nutzbringend vorgenommen wurde. Deshalb ordneten die Stadtrechte an, daß der Pfandverkauf innerhalb des Gerichtsbezirks und unter Zuziehung von Zeugen in möglichster Offenkundigkeit zu erfolgen habe. Oft wurde in mittelalterlichen Stadtrechten angeordnet, daß der Gläubiger das Pfand an einem Markttage zu verkaufen habe.[10])

Für das mittelalterliche deutsche Recht ist es allgemein anerkannt, daß der Pfandverkauf, selbst auch dort, wo er unter An-

[6]) *so Planitz S. 455 mit m. E. überzeugenden Gründen. Rudolf Sohm in Festschrift „Die Rechtsnatur der Pfandnahme wurde durch die richterliche Genehmigung nicht alteriert. Trotz Pfändungserlaubnis blieb die Pfändung eine Abspaltung der Fehde". S. 342.*

[7]) *So von Meibom S. 128.*

[8]) *v. Meibom S. 124.*

[9]) *Zwolle Stadtbuch II anno 1398 S. 134 (OStR I 12 S. 157): (Oberrheinische Stadtrechte Bd. I Schrödter 1895/1909): als hi pande heft, die mach hie in Zwolle vercopen den hi will, Magdeburger Recht anno 1295 § 5: vercoufen mac hez denne mit wizzenchaft, Hamburgisches Recht anno 1292 cap. 27: so moghen de sculdenere dat erve wol verkoppen, Bayrisch. LL. 236, ... unde sol er ez danne verkauffen, Kaiserrecht I 26, pande . . . . mit guter Kundschaft verkauffen. Eine große Anzahl weiterer Quellennachweise noch bei Planitz S. 671 Anm. 161, 163 -167, v. Meibom 92 ff., Plank 252. Im Stadtrecht wurde stets das Pfand dem Gläubiger zur Versilberung übergeben. Schles. Landr. 364, Kulmer Handfeste III 105, Wasserschleben I, 504 ff., 522 IV 182.*

[10]) *So Lübeck Stadtr. anno 1294, 160, Breslauer Landr. anno 1356, 364, Glogauer Rechtsbuch anno 1386, 505.*

wesenheit der Obrigkeit zu erfolgen hatte, nur durch den Gläubiger erfolgte. An einer großen Anzahl von Belegen läßt es sich also nachweisen, daß im Mittelalter die Versteigerung als Pfandverkauf des Gläubigers angesehen wurde. Der innere Grund für diese Rechtsansicht kann hier nur angedeutet werden. Die germanische Rechtsanschauung, daß sich der Staat mit der Feststellung dessen, was Recht ist, begnügt, die Durchsetzung des festgestellten Rechts der Selbsthilfe des Rechtssuchenden überläßt, hat sich das gesamte Mittelalter hindurch bewahrt. Die Tätigkeit des Gerichts wurde nur als Vollstreckungshilfe angesehen. Träger der Vollstreckungsakte blieb der Gläubiger. Die Berechtigung des Gläubigers zum Pfandverkauf leitet Planitz, aus dem durch die Pfandergreifung erstandenen Pfandrecht her.[11]) Erst im Ausgange des Mittelalters, als der Staat auf eine höhere Rechtsstufe gelangt, auch die Selbsthilfe allgemein verbietet, wurde die Person des Richters mehr und mehr in den Mittelpunkt der Zwangsvollstreckungsvorgänge gerückt.[12]) Hier liegen die Anfangsgründe jener Anschauung, daß der Gläubiger, wenn er dem Richter den Pfändungsauftrag erteilt, nur den Anstoß zu einer Tätigkeit gibt, die nicht in seinem Gläubigerrechte, sondern in der Staatshoheitsgewalt ihren inneren Grund findet. Zu einer Reifung und Gestaltung sind diese Gedanken nicht gelangt, denn die Rezeption des römischen Rechts brach die hier keimenden Triebe deutschen Rechtsdenkens um und zwang das Rechtsdenken von seinen bisherigen Bahnen abzubiegen und in neuen Anschauungen zu wandeln.

§ 2.

2. Das Deutsche Recht seit der Rezeption.

Dem römischen Recht ist es aber nicht völlig gelungen, die bisherigen deutsch-rechtlichen Anschauungen über die Grundstückszwangsversteigerungen zu verdrängen, wie ja überhaupt das deutsche Recht sich auf dem Gebiete des Rechts der unbeweglichen Sachen immerhin noch eine gewisse Selbständigkeit bewahrt hat. Deutsche Rechtsgedanken fanden gewohnheitsrechtlich Aufnahme in das Gebiet der Grundstückszwangsversteigerung.[1])

[11]) *a. A. von Meibom S. 140, der die Befugnis zum Verkauf des Pfandes aus einer besonderen Erlaubnis des Richters herleiten will. Diese Ansicht steht aber im Gegensatz zu den Quellen und trifft, wie angedeutet, nur für den Ausgang des Mittelalters zu.*

[12]) *vgl. Planitz S. 478.*

[1]) *„cuisque loci statuta et consuetudo hac in re praecise observanda sunt nec recedendum est ab observantia." Philippus III, 2, 70. „nec recedendum est ab observantia, quam potius semper sequi*

Mag auch das rezepierte Recht oft zu dem überkommenen Recht im Gegensatz getreten sein, so mußte doch gerade die bei der Zwangsversteigerung ausnahmsweise vorhandene gleiche Anschauung zwischen der bisherigen deutsch-rechtlichen Entwickelung und der neu übernommenen Lehre von dem Pfandverkauf im römischen Recht die Ansicht, daß die Zwangsversteigerung nur ein besonders gearteter, in feierlichen Formen sich vollziehender Kauf sei, in dem Glauben an ihre Richtigkeit bestärken. Die Verwertung des pignus quod in causa iudicati captum und des pignus praetorium war ein Verkauf durch den Gläubiger.[2]) Subhastation der Verkauf „sub hasta". Die gemeinrechtliche Auffassung findet ihren klaren Niederschlag bei Philippus: „Subhastatio est vera et mera venditio, in qua intervenit merx, pretium et consensus debitoris sive expressus sive tacitus".

Auch in der gemeinrechtlichen Literatur der Folgezeit läßt sich immer wieder die Anschauung nachweisen, daß sich in der Zwangsversteigerung ein Verkauf vollziehe. [3]) In dem für das gemeine Recht maßgebende Werk von Strippelmann wird schon eingehend die Frage untersucht, zu wessen Gunsten und zwischen wem in der Zwangsversteigerung ein Kaufvertrag abgeschlossen wird. Nach Strippelmann hat das Gericht bei Abschluß des Verkaufes nur leitende Tätigkeit. Die Codexstelle 1., 2. si in caus. jud. pign. capt. sit VIII 23.[4]) wertete der Schriftsteller in dem ihr zukommenden Sinne, nämlich daß aus ihr nicht zu schließen ist, daß das Gericht der Verkäufer sei.

Nach Strippelmann ist der Verkäufer des Pfandobjekts der Schuldner.

Auch das preußische Recht, insbesondere die allgemeine Gerichtsordnung, Teil I, Titel 52 vom Subhastationsprozeß, wurzelte

---

tenemur". III, 3, 70 pg. 139.
„Insuper in subhastatione forma statuti aut consuetudinis stric tissime observari debet, alias prorsus inefficax et nulla reputatur", Damhouder cap. 2.

[2]) *Sohm S. 463, 352. Dernburg III, 135, De distractione pignorum D XX Tit. V, 2, creditor pignus iure conventionis vendidit (Papinianus) creditor, qui suo iure pignus distrahit (Paulus).*

[3]) *vgl. Claproth II S. 778, Strippelmann S. 337, Pruchta Pandekten § 252, Windscheid Pandekten § 309 Anm. 9, Mühlenbruch Pandekten II § 395.*

[4]) *cum in causa iudicati aliqua res pignori capitur per officium eius qui ita decrevit, venundari solet non per eum qui judicatum fieri postulavit. vgl. auch de distractione l. 11 § 16 D de act. emt. (19, 1), Tit. C. creditor evict. pign. non deb. 8. 46.*

in den Rechtsanschauungen des gemeinen Rechts.[5]) Gemäß § 340 Titel 11 Teil I ALR. finden auch bei „gerichtlichen Verkäufen die allgemeinen Grundsätze von Kaufsgeschäften überhaupt Anwendung". § 3 Titel 52 Teil I AGO. Nach Entscheidungen des preußischen Obertribunals[6]) ergänzt der Richter den fehlenden Entschluß des Schuldners, die ihm gehörige Sache zu veräußern, er bietet für den Schuldner aus, ohne aber dadurch selbst Verkäufer zu werden, vielmehr tritt er bei Leitung des Geschäftes nur ins Mittel, als Verkäufer ist nach der Ansicht des Obertribunals der Schuldner anzusehen. Durch die spätere Neuordnung des Subhastationsprozesses in Preußen, insbesondere durch die Gesetze vom 15. März 1869, 4. März 1879 und 13. Juli 1883, sind an dem oben erwähnten Standpunkt des Landrechts bezüglich des „gerichtlichen Verkaufs" keine Änderungen eingetreten.[7])

A. II. Das geltende Recht.

Im geltenden Recht ist die Frage, ob die Zwangsversteigerung ein Verkauf ist, nicht geregelt, der Gesetzgeber hat es vielmehr ausdrücklich der Rechtsprechung und Wissenschaft überlassen, die Rechtsnatur der Zwangsversteigerung zu erforschen.[1]) Um aber die Frage beantworten zu können, ob die Vorschriften über die rechtsgeschäftliche Veräußerung auf die Veräußerung im Wege der Zwangsversteigerung Anwendung finden können, ist die rechtsähnliche Lage zwischen einem Verkauf und einer gerichtlichen Versteigerung nachzuweisen. Denn eine rechtsähnliche Lage ist die Voraussetzung jeder Analogie. Bei der Frage, wer in der Zwangsversteigerung Verkäufer und Käufer ist, tauchen die ersten Zweifel auf, die auch schon in den Partikularrechten verschieden behandelt wurden.[1]) Als Käufer könnte man ja immerhin den Ersteher betrachten. Schwierigkeiten bereitet aber die Frage, wer als Verkäufer in Betracht kommt.

Als Verkäufer könnten in Betracht kommen:

1. der Vollstreckungsschuldner,
2. der die Zwangsversteigerung betreibende Gläubiger.

Bei der Annahme, daß Schuldner oder Gläubiger die Verkäufer des Zwangsvollstreckungsgegenstandes sind, würde der Staat, der durch seine Organe die Vollstreckung durchführt, die Stellung eines Beauftragten des betreffenden Verkäufers einnehmen und als dessen

[5]) *vgl. Strey S. 3, 142.*

[6]) *Entscheidung Bd. I S. 271 (31. Oktober 1836), Entscheidung Archiv. Bd. XIV S. 103, Obertribunal v. 30. Iuni 1854.*

[7]) *Förster Eccius II S. 126 § 130. Jaeckel S. 376 § 81, 7.*

[1]) *Motive S. 118.*

Vertreter mit dem Ersteher einen Kaufvertrag abschließen.
Beide Ansichten werden vertreten.

§ 3.

II. 1. Die Widerlegung der Lehre von der Schuldnervertretung.

Die Lehre von der Schuldnervertretung bei den Zwangsversteigerungsvorgängen ist die ältere und wurde hauptsächlich bezüglich der Zwangsversteigerung zur Zeit der Landesgesetzgebung aufgestellt.[1]) Schon hier sei auf eine interessante Parallele verwiesen. Das gleiche Problem der Schuldner- oder Gläubigervertretung oder Erblasser- oder Erbenvertretung taucht bei der Frage nach der Rechtsstellung des Konkursverwalters oder Testamentsvollstreckers auf. Während man im Hinblick auf das Zwangsversteigerungsrecht schon behaupten kann, daß die Fronten geklärt sind und eine herrschende Lehre festzustellen ist, die sich im Gegensatz zu der Lehre von der Gläubiger- und Schuldnervertretung stellt, geht der Streit unvermindert fort und angesehene Schriftsteller wie Jaeger, Staudinger usw.[2]) verteidigen dort die Stellvertretungslehre. Bei der Beweisführung der Schuldnervertretungslehre erscheint im Gegensatz zur Gläubigervertretungslehre und zu der noch später zu erörternden Lehre von der öffentlichrechtlichen Natur der gesamten Zwangsversteigerungsvorgänge als besonders natürlich und einleuchtend, daß der Eigentümer des Vollstreckungsobjekts bei ihr derjenige ist, der die Verfügung, der zufolge dann das Eigentum auf den Ersteher übergeht, selbst trifft oder für den als dessen Vertreter das Staatsorgan die Verfügung vornimmt. Diese Lehre, daß der Vollstreckungsschuldner mit dem Ersteher in der Zwangsversteigerung einen privatrechtlichen Vertrag, und zwar einen Kaufvertrag, abschließt, verstößt aber gegen den obersten Grundsatz unseres Bürgerlichen Rechts, nämlich den der Freiheit der Willensbildung der vertragschließenden Parteien. Dieser Grundsatz wurde

[1]) *Ältere Literatur Strippelmann S. 310 ff. v. Maibom Hypothekenrecht S. 214, Gruchot in Gruchot's Beiträgen 11, 163, Riehl Zeitschrift f. d. Zivilprozeß Bd. 17, S. 37, weitere Literatur bei Peiser 99.*

Rechtsprechung RG. Striethorst Bd. 60, 167 RGZ. 43, 341. Seuffert Arch. 38, 144, neuere Literatur Wolff Komm. § 90 Anm. 1 und § 152, Günther Komm. 2, 11, Peiser 99, Petersen Kommentar ZPO., Hirsch 223, Rothenberg Arch. Ziv. Prax. 94, 265.

[2]) *Jaeger KO. § 6 Anm. 12a, v. Thur allg. Teil (1918) II 2 S. 421 ff., S. 336, Oertmann Arch. Bürg. Recht 14, 383, Staudinger Vorbemerkung §§ 2197 bis 2201 BGB F. 2.*

bei Schaffung des Bürgerlichen Gesetzbuches als eine derartig ursprüngliche Forderung angesehen, daß man es verständigerweise als unnötig erachtete, ihn ausdrücklich in eine Gesetzesbestimmung einzukleiden, nur negativ taucht er beispielsweise in der Bestimmung des § 123 BGB. auf, in der angeordnet wird, daß eine durch Drohung hervorgerufene Willenserklärung anfechtbar und damit vernichtbar sei. Eine Erklärung, die durch eine jede freie Willensbetätigung ausschließende Gewalt (vis absoluta) hervorgerufen wurde, damit also nur eine scheinbare Willenserklärung ist, wird vom Gesetzgeber als überhaupt nicht bestehend angesehen. Wie wenig nun aber der Schuldner bereit ist, die Zwangsvollstreckung in sein Vermögen zu dulden oder, wie diese Lehre es annimmt, gewillt ist, den Staat mit dem Verkaufe zu beauftragen, beweist der Alltag mit den zahllosen Fällen der Vollstreckungsvereitelung und des Widerstands gegen die Staatsgewalt zur Genüge. Grundsätzlich sträubt sich der Vollstreckungsschuldner mit allen Mitteln gegen die Zwangsversteigerung, nur gezwungen läßt er ihre Vornahme zu. Von einer Einwilligung des Vollstreckungsschuldners kann also nicht die Rede sein. Diesem eben vorgebrachten Einwurf tragen begreiflicherweise auch die Verteidiger der Lehre von der Schuldnervertretung Rechnung und suchen das Recht des Staates zur Vertretung des Vollstreckungsschuldners bei der Veräußerung ohne oder selbst gegen den Willen des Schuldners zu begründen. Man weist darauf hin, daß es Fälle von Vertretungen gebe, in denen die Vertretungsbefugnis sich nicht aus dem Willen des Vertretenen sondern unmittelbar aus dem Gesetz herleitet. So vertrete der Vater, Vormund oder Pfleger rechtsgeschäftig den Minderjährigen oder den Geisteskranken, ohne daß auf deren Zustimmung oder Verweigerung der Einwilligung Rücksicht genommen wird.

Allein die Fälle einer derartigen Zwangsvertretung, zu der sich die Befugnis unmittelbar aus dem Gesetz herleitet, sind Ausnahmefälle des Bürgerlichen Rechts und ihre erweiternde Auslegung auf andere Rechtsinstitute ist nur in ganz besonders gelagerten Fällen möglich, da hier eine analoge Anwendung von Ausnahmevorschriften in Frage steht. Es ist noch zu berücksichtigen, daß das Bürgerliche Recht derartige Zwangsvertretungen ausdrücklich kenntlich gemacht hat. Insbesondere darf aber nicht übersehen werden, daß wenn das Gesetz eine Zwangsvertretung, d. h. eine Vertretung auch ohne, ja sogar selbst gegen den Willen des Vertretenen zugelassen hat, das Prinzip der Vertragsfreiheit und Freiheit der Willensbildung nicht damit umgestoßen, sondern vielmehr ergänzt hat. Mit Recht stellt Wackentaler[3]) fest, daß die gesetzliche Vertretung auf einer

[3]) *Wackentaler S. 42.*

vermuteten Willensübereinstimmung beruht, die umso gerechtfertigter ist, als in den Fällen derselben der Vertretene seinen eigenen Willen nicht rechtsgeschäftlich zu äußern vermag. Der Gesetzgeber vermutet, daß der Mindergeschäftsfähige, wenn er im Besitz gereifter Lebenserfahrung oder des vollen Verstandes sein würde, genau so wie sein gesetzlicher Vertreter handeln würde, für den der Gesetzgeber als Richtschnur der Vertretungstätigkeit den Grundsatz aufgestellt hat, so zu handeln, daß der Vertreter objektiv das Günstigste aus jedem Vertretungsgeschäft für den Vertretenen herausholt. Die gesetzlichen Zwangsvertretungen des Bürgerlichen Rechts sind nämlich nur als Fürsorgeakte für Mindergeschäftsfähige zu verstehen, wobei dann der Zwangsvertreter einzig allein den Rechtskreis des Vertretenen, dessen Belange in dessen Sinne und zu dessen Nutzen vertritt, und zwar aus dem Grunde, weil der Vertretene zur Wahrnehmung seiner Geschäfte nicht fähig ist oder wenigstens nach den Erfahrungen des Lebens hierzu von dem Gesetzgeber nicht gehalten wird. Grundsatz dieser im Gesetz positiv geregelten Zwangsvertretung bleibt aber stets ein Handeln einzig allein im Interesse des Vertretenen.

Demgegenüber wird von einer weitverbreiteten Lehre [4]) die Ansicht vertreten, daß es neben diesen Formen der gesetzlichen Vertretung, die auf einer unterstellten Willensübereinstimmung mit dem Vertretenen beruht, auch andere gesetzliche Vertretungen gebe, bei denen auch entgegen dem Interesse des Vertretenen die Vertretung durchgeführt. Derartige Zwangsvertretungen, die auch entgegen dem Interesse des Vertretenen durchgeführt werden, sollen bei der Rechtsstellung des Konkursverwalters und des Testamentsvollstreckers vorliegen. Von diesen Schriftstellern wird erkannt und auch offen zugegeben, daß die von dem Verwalter wahrzunehmenden Interessen oft den Interessen des oder der Vertretenen diametral entgegengesetzt sind, daß z. B. im Konkursfalle Schuldner und Gläubiger gegenüberstehen, daß der einzelne Gläubiger wiederum im Wettlauf um die Befriedigung Konkurrenten abschütteln will. Gleichwohl soll eine Vertretung entgegen dem Interesse des Vertretenen zulässig sein. Der Ausgangspunkt dieser Lehre, bei dem auch die Kritik einzusetzen hat, ist die Ansicht, daß es völlig gleichgültig sei, wessen Interessen ein Vertreter im Rechtssinne wahrzunehmen habe. Wenn von einem Vertreter im Rechtssinne gesagt werde, er habe die und die Interessen zu vertreten, so bedeutet dies nach Staudinger und v. Thur nur, zu welchem Zwecke er die Vertretung der von ihm vertretenen Person zu führen, d. h. deren Rechte aus-

[4]) *z. B. Jaeger KO. § 6 Anm. 12 a, v. Thur II 2 S. 421, 336, Goldfeld S. 83, Oertmann Arch. Bürg. Recht 14 383.*

zuüben und deren Verbindlichkeiten zu erfüllen hat. „Die Ausübung von Rechten und Erfüllung von Pflichten kann eben sehr wohl auch im Interesse anderer Personen als in demjenigen des Berechtigten bezw. Verpflichteten selbst geschehen, und wer der Berechtigte oder Verpflichtete ist, entscheidet sich niemals aus dem Gesichtspunkte, zu welchem Zwecke das betreffende Recht ausgeübt wird, die betreffende Verpflichtung erfüllt werden kann oder soll". (Staudinger). Auch nach Jaeger sind Wahrnehmung fremder Interessen und Ausübung fremder Rechte grundverschiedene Dinge, die nichts miteinander zu tun haben.

Dieser Satz, daß es Vertretungen auch gegen das Interesse des Vertretenen gebe, daß Wahrung der Interessen des Vertretenen nicht Zweck und Sinn der Vertretung sei, hält einer näheren Untersuchung nicht stand. Um von vornherein alle Mißverständnisse zu beseitigen, muß festgestellt werden, daß ein Vertreter Handlungen vornehmen kann, deren Erfolg nicht im Interesse des Vertretenen liegt, sondern vielmehr möglicherweise diesen Interessen völlig widerspricht. Es gibt Fälle, beispielsweise im Falle einer vom Vertreter verübten arglistigen Täuschung, in denen Handlungen des Vertreters zu Lasten des Vertretenen gehen. Jeder dem andern Vertragsteil nicht erkennbare Vollmachtsmißbrauch geht zu Lasten des Vertretenen. Eine Vollmachtserteilung birgt stets die Gefahr eines Mißbrauchs in sich, den der andere Teil nicht erkennen kann. Wird nun in einer dem anderen Teile nicht erkennbaren Weise unter Mißbrauch der Vertretungsmacht ein Rechtsgeschäft geschlossen, so mußte der Gesetzgeber Regelungen treffen, zu wessen Lasten die aus dem Vollmachtsmißbrauch sich ergebenden Nachteile zu gehen haben. Die vom Gesetzgeber getroffene Regelung, daß derjenige, der diese mißbrauchte Vollmacht ausgestellt hat, diese Folgen zu tragen hat, bedeutet eine gerechte Verteilung der Gefahr und läßt sich auch mit dem Verursachungsprinzip rechtfertigen, daß jeder, der ein im Rechtsverkehr gefährliches Rechtsinstitut benutzt, auch für die sich aus der Benutzung ergebenden Gefahren einzustehen hat. Der Vertretene wird aus einem unter Vollmachtsmißbrauch abgeschlossenen Rechtsgeschäft nicht deshalb verpflichtet, weil der Vertreter ihn vertreten hat, sondern weil er auf Grund ausdrücklicher Gesetzesbestimmungen für die Folgen eines dem anderen Teile nicht erkennbaren Vollmachtsmißbrauch einzustehen hat. Die Verpflichtung des Vertretenen entsteht also nicht deshalb, weil der andere ihn, wenn auch entgegen seinen Interessen vertreten hat, sondern deshalb, weil der Gesetzgeber ihm die Gefahr für einen dem anderen Teile nicht erkennbaren Vollmachtsmißbrauch auferlegt. Der Fall des Vollmachtsmißbrauchs ist also kein Beweis dafür, daß es Vertretungen entgegen dem Interesse des Vertretenen gibt.

Durch Ausschaltung dieser Fehlerquellen nähern wir uns der Lösung der Grundfrage immer mehr, ob es Vertretungen gegen das Interesse des Vertretenen gibt. Diese Frage ist zu verneinen. Das Rechtsinstitut der Vertretung bei Rechtsgeschäften ist auf Grund eines allgemeinen Lebensbedürfnisses geschaffen worden. Eine Person, die aus irgend welchen Gründen bei Rechtsgeschäften nicht anwesend ist, läßt sich durch einen Vertreter repräsentieren (Repräsentationstheorie), der ihren Rechtskreis vertritt, unmittelbar Rechte oder Pflichten für sie begründet und eingeht. Ob und in welchem Umfang der Rechtskreis des Vollmachtgebers vertreten werden soll, liegt völlig in dessen Belieben. Auch auf diesem Gebiete herrscht der Grundsatz der Willensfreiheit der vertragschließenden Parteien. Für sich allein genommen mag noch der Satz von Jaeger[5]), daß Wahrnehmung fremder Interessen und Ausübung fremder Rechte grundverschiedene Dinge sind, haltbar sein. Ein Vertreter kann sehr schlecht die Interessen seines Auftraggebers wahrnehmen, möglicherweise ihnen geradezu entgegenhandeln, und trotzdem verpflichtet sein Handeln den Vollmachtgeber. Falsch ist nur, aus obigem Satz zu folgern, daß Ausübung fremder Rechte und Interessenwahrnehmung nichts miteinander zu tun haben. Sinn der Vertretung ist grundsätzlich Interessenvertretung und derjenige ist der beste Vertreter, der die Interessen seines Auftraggebers am besten wahrnimmt. Daß die Interessenvertretung eine bedeutsame Rolle bei dem Rechtsinstitut der Vertretung spielt, geht aus der Tatsache hervor, daß eine gleichzeitige Vertretung der Vertragsgegner eben infolge Interessenwiderstreits grundsätzlich unwirksam ist. § 181 BGB. Der Gesetzgeber verbietet aus einem sehr naheliegenden Grunde das Selbstkontrahieren. Der Interessenwiderstreit und der mit ihm zusammenhängende Kampf beider Parteien um eine möglichst gute Rechtslage stellt etwas außerordentlich Gesundes dar; letzten Endes hat dieser Kampf geradezu einen metaphysischen Grund. Der Lebenskampf jedes einzelnen Individuums erfordert es, daß um jede Rechtsposition gekämpft wird und somit keine Verwischung der Grenzen der einzelnen Rechts- und Individualkreise eintritt. Daher ist ein Selbstkontrahieren und eine sich hieraus zwingend ergebende Vertretung auch gegen das Interesse des Vollmachtgebers, nur dann vom Gesetzgeber ausnahmsweise gestattet, wenn der Vertreter ausdrücklich hierzu von seinem Vollmachtgeber ermächtigt wurde. Dieser einzige Fall einer Vertretung gegen das eigene Interesse des Vertretenen beruht auf der freien Willensbetätigung des Vollmachtgebers, ist von ihm gerade gewollt und wird von der Vollmacht inbegriffen. Eine Vertretung

[5]) *§ 6 Anm. 12a S. 131.*

gegen den Willen des Vollmachtgebers, eine Zwangsvertretung widerspricht demnach dem Aufbau unseres Bürgerlichen Rechts und läßt sich nicht etwa aus der ausnahmsweisen Erlaubnis des Selbstkontrahierens folgern. Der Hinweis dürfte von Bedeutung sein, daß auch Jaeger den § 181 BGB. zur Stützung seiner entgegenstehenden Ansicht heranzieht und aus ihm herauslesen will, daß eine Zwangsvertretung möglich sein müsse, weil es doch statthaft sei, daß der Vertreter auch gegen die Interessen des Auftraggebers handeln darf. Daß dieser Fall aber gerade von dem Willen des Auftraggebers umfaßt wird und mit irgend einem Zwange nichts zu tun hat, die Zulässigkeit des Selbstkontrahierens weiterhin eine Ausnahmevorschrift ist, berücksichtigt Jaeger bei seiner Beweisführung nicht.

Eine wahre gesetzliche Zwangsvertretung gibt es nicht; die Fälle der elterlichen Gewalt, der Vormundschaft und Pflegschaft, sind, wie dargelegt, nur Ergänzung des Prinzipes der Vertragsfreiheit und Freiheit der Willensbildung. Eine Zwangsvertretung gegen den Willen und zum Nachteil des Vertretenen, eine Vertretung, die nicht die möglichst günstigste Ausnutzung der Rechtsstellung des Vertretenen bezweckt, ist unserem Rechte überhaupt fremd und widerstrebt auf das heftigste dem inneren Aufbau unseres Bürgerlichen Rechts.[6]) Läßt sich aber eine gesetzliche Zwangsvertretung nicht nachweisen, so stürzt die Brücke, die die Lehre von der Schuldnervertretung zur Begründung des Rechts des Staates zur Versteigerung des Grundstücks betritt, zusammen.

Noch von einem andern Ausgangspunkt aus könnte der Versuch gemacht werden, die zwangsweise Vertretung des Schuldners bei dem Verkauf des Grundstücks zu begründen. Man könnte vielleicht noch mit dem Einwurf kommen, daß neben dem privatrechtlichen Anspruch gleichzeitig dem Gläubiger ein prozessualer Anspruch gegen den Schuldner gegeben sei, demzufolge sich der Schuldner dem Gläubiger der Zwangsvollstreckung unterwirft und verpflichtet, die Zwangsvollstreckung zu dulden, möglicherweise Vermögensobjekte dem Gläubiger zur Befriedigung zur Verfügung zu stellen. Neben jeder Hauptverpflichtung gehe der Schuldner gleichzeitig stillschweigend diese Nebenverpflichtung ein, deren Erfüllung dann, wenn der Schuldner sie verweigere, ähnlich wie im § 894 ZPO. im Zwangsverfahren festgestellt, und durchgesetzt werden. In dieser Richtung weist der ohne nähere Begründung von Wolff vorgetragene Satz:

„Zwar schließt der Subhastat das Kaufgeschäft nicht

---

[6]) *So Fischer Z.Z.P. Bd. 10 S. 436, Wackentaler S. 41, Kiehl, Breit JW. 1916 S. 1080.*

freiwillig ab, aber sein fehlender Wille wird durch die Zwangsvollstreckung ebenso subletiert, wie die Willenserklärung eines Schuldners, zu deren Abgabe derselbe rechtskräftig verurteilt ist, nach § 894 ZPO. im Zwangswege ergänzt wird." [7])

Diese Vorstellung, daß der Schuldner sich bei Eingehung der Verbindlichkeit stillschweigend zur Duldung der Zwangsvollstreckung unterworfen hat, vertreten z. B. von Wach, Siber, Baum, Weißmann, [8]) ist aus dem Grunde abzulehnen, weil die Duldungspflicht des Schuldners aus seiner Unterwerfung unter die Hoheitsgewalt des Staates, aus dem öffentlichrechtlichen Gewaltverhältnis des Staates als Inhaber der Vollstreckungsgewalt einerseits und der Untertanenpflicht des Schuldners andererseits sich unmittelbar ergibt. Die Gehorsamspflicht gegenüber staatlichen Rechtspflegeakten und hauptsächlich Vollstreckungsmaßnahmen und die Pflicht zu deren Duldung entspringt aus dem Untertanenverhältnis. Deshalb kann man wohl auch Laband [9]) zustimmen, wenn er feststellt, daß es sogar falsch ist, von einer Duldungspflicht des Untertans gegenüber Staatshoheitsakten zu reden, sondern daß nur von dem Zustand des Unterworfenseins geredet werden dürfe, woraus sich auch ergebe, daß der Staat ohne Rücksichtnahme auf den Vollstreckungsschuldner eine rechtmäßige Vollstreckung durchführt. Eine privatrechtliche Verpflichtung des Schuldners gegenüber dem Gläubiger zur Duldung der Zwangsvollstreckung besteht nicht.

Einzig allein die moralische Verpflichtung des Schuldners, sein Vermögen für die Zwangsvollstreckung bereitzuhalten und auf jedmögliche Weise den Gläubiger zu befriedigen, eine Verpflichtung, die dann in der zwangsweisen Vertretung des Schuldners etwa realisiert würde, erzeugt nicht, wie Riehl [10]) es will, einen rechtlichen Zwang hierzu.

---

[7]) *Wolff Kom. § 90 Anm. 1, ähnlich auch schon Philippus I, 1 Kom. 6 n. 1 bis 8 (pag. 309): attamen sufficit, quod illa ex voluntate debitoris, qui rem vel oppignoravit, vel debitum sponte contraxit originem trahit, a qua posterior eventus omnis formatur et dijudicatur, sicut et actus consecutivus a prima causa regulatur et gubernatur, imo praesumitur, ac si ipsemet debitor dedisset in solutum et vendidisset.*

[8]) *Wach, Vorträge S. 300 ders. Zeitschr. f. d. Ziv. Proz. 23, 21, Weißmann 2, 8, Siber, S. 74, ders. Jherings Jahrb. 50, 61, Baum Recht 1901 S. 612.*

[9]) *Laband Staatsrecht Bd. 3 § 84.*

[10]) *Koch 3, 280 Rudorf Zwangsvollstreckung S. 110, Förster-Eccius 2 § 130 II 2 b.*

Die Lehre von der Schuldnervertretung kann also nicht eine Erklärung dafür geben, woher der Staat die Befugnis zur Veräußerung des Grundstücks nimmt, insbesondere gelingt es ihr nicht, diese Befugnisse aus der Rechtsstellung des Schuldners herzuleiten.

§ 4.

II. 1. Widerlegung der Lehre von der Gläubigervertretung.

Die Lehre von der Gläubigervertretung erblickt im Gegensatz zu der vorher entwickelten Lehre nicht in dem Vollstreckungsschuldner sondern in dem Gläubiger den Verkäufer der Zwangsvollstreckungssache. Diese Lehre wurde von Koch, Förster und Buchka begründet.[1]) Es wurde schon darauf hingewiesen, daß bei der Frage nach der Rechtsstellung des Konkursverwalters oder Testamentsvollstreckers die gleichen Problemgruppen in Erscheinung treten, und daß verschiedene Schriftsteller auch dort eine gesetzliche Zwangsvertretung annehmen. Auf dem konkursrechtlichen Gebiet vertreten die Lehre von der Gläubigervertretung Hellmann, Kohler, Eckstein[2]) Anklänge einer Gläubigervertretungslehre finden sich bei einer Gruppe von Schriftstellern, die den Konkursverwalter je nach seinem Aufgabenkreis teils als Vertreter des Gemeinschuldners, teils als Vertreter der Konkursgläubiger auffassen. Vertreter dieser Lehre sind Schultze, Wach, Kosak und Pasquay.[3])

Um eine Sache zu verkaufen, ist es selbstverständlich nicht erforderlich, daß sie dem Verkäufer gehört. Der Verkauf einer fremden Sache ist jederzeit gültig. Es bleibt dem Verkäufer überlassen, woher er sich die Berechtigung zur Verschaffung des Eigentums an der verkauften Sache besorgt, um nunmehr den eingegangenen schuldrechtlichen Vertrag zu erfüllen. Die Annahme liegt nahe, daß man die Rechtsbefugnis des Gläubigers zur Veräußerung aus einem durch die Beschlagnahme des Grundstücks entstandenem Pfandrecht herleitet, sodaß die Versteigerung nichts anderes als ein Pfandverkauf wäre. Diese Ansicht wurde auch tatsächlich von Hellmann und Förster-Eccius vertreten.[4])

Die Annahme einer bürgerlichrechtlichen Vertretung der Zwangsvollstreckungsgläubiger durch das die Versteigerung leitende Staatsorgan fällt aber mit der abzulehnenden Konstruktion eines

[1]) *Riehl Zeitschr. f. Ziv. Proz. 17, 38.*

[2]) *Hellmann Lehrbuch S. 632 ff., 642 ff Kohler Leitfaden 203 ff., Eckstein Z. Z. P. 40, 86.*

[3]) *Schultze S. 63 ff., 64 ff., Wach Handbuch I S. 542 ff., Kosak Anfechtungsrecht S. 234, Pasquay Z. H. R. 66, S. 51 ff.*

[4]) *Eccius Preuß. Privatrecht 3, 494, Hellmann 630.*

durch die Beschlagnahme erworbenen Pfandrechts. Ein Pfandrecht an Grundstücken kann nur in Gestalt einer Hypothek oder Grundschuld und nur mittels Eintragung im Grundbuch begründet werden. Diese Eintragung erfolgt in Abt. III des Grundbuchs. Der in Abt. II des Grundbuchs einzutragene Zwangsversteigerungsvermerk (§ 19 ZVG.) kann als Erwerbsmöglichkeit einer Hypothek oder eines anderen dinglichen Rechts am Grundstück schon aus dem Grunde nicht angesehen werden, weil das Gesetz (§ 22 ZVG.) die Wirkungen der Beschlagnahme nicht an die Eintragung des Versteigerungsvermerks, sondern an die Zustellung des Beschlusses über die Versteigerung geknüpft hat. Daß die Beschlagnahme kein Pfandrecht erzeugt, kann man auch des weiteren daraus schließen, daß die Beschlagnahme schon dann erlischt, wenn das Versteigerungsverfahren aufgehoben wird oder sich durch Rücknahme des Versteigerungsantrags erledigt, nicht aber erst dann, wenn der Vermerk in der Folgezeit gelöscht wird. Schon in den Motiven findet sich der Gedanke, der auch später in der Rechtsprechung [5]) aufgegriffen wurde, daß eine ausdrückliche Gesetzesbestimmung notwendig sei, wenn man zum Ausdruck bringen wolle, daß durch die Beschlagnahme für den Gläubiger ein Pfandrecht entstehen solle:

> „Von der Begründung eines Pfandrechts durch die Beschlagnahme muß abgesehen werden, weil nach dem BGB. ein solches Recht an einem Grundstück nur durch Eintragung in das Grundbuch entstehen kann, ein zwingender Grund aber nicht vorliegt, zu Gunsten des betreibenden Gläubigers das Erfordernis der Eintragung aufzugeben. Das Interesse dieses Gläubigers erheischt nur, daß ihm das Grundstück in der Rechtslage, in welcher dasselbe zur Zeit der Beschlagnahme sich befindet, als Gegenstand der Befriedigung nicht durch das Andringen anderer Gläubiger entzogen werde. Dieses Ziel aber wird erreicht, wenn an die Beschlagnahme das Recht des Gläubigers auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Grundstück geknüpft wird. Das Vorzugsrecht genügt auch für die Zwangsversteigerung, ohne daß für deren Zwecke es nötig wäre, daneben auch ein besonderes, juristisch nicht unbedenkliches Pfandrecht an dem Grundstück oder an dessen Einkünften zu schaffen.“ [6])

Die Beschlagnahme begründet daher nach Reichsrecht nicht ein Pfandrecht oder ein sonstiges dingliches Recht des betreibenden Gläubigers an dem Grundstück.

[5]) *OLG. Dresden Rechtsprechung OLG. 4, 375.*
[6]) *Motive 91.*

Gelingt der Lehre von der Gläubigervertretung schon die Begründung des angeblichen Rechts des Gläubigers zur Verfügung über Sachen, die zum Vermögen des Schuldners gehören, nicht, so kann diese Lehre auch nicht angeben, in was für einem Rechtsverhältnis mehrere betreibende Gläubiger, die in der Zwangsvollstreckung über dasselbe Grundstück verfügen wollen, zu einander stehen; wollte man diesem Gedanken noch nachgehen, so würde sich bei dieser Untersuchung ebenso wie bei den rechtsähnlichen Verhältnissen beim Zwangsvergleich im Konkurse herausstellen, daß zwischen der Gesamtheit der Gläubiger sich überhaupt kein Rechtsverhältnis auffinden läßt, das in irgendeine vorhandene Rechtsform von Gemeinschaften untergeordnet werden kann,[7]) was aber auch wiederum zu den unlösbaren Schwierigkeiten führt, wenn mehrere Gläubiger die Zwangsversteigerung betreiben. Der Lehre von der Gläubigervertretung gelingt es also ebenso wenig wie der Lehre von der Schuldnervertretung, die Befugnis des Staates zur Versteigerung des Grundstücks zu begründen. Es wird sich im Laufe der weiteren Untersuchung zeigen, daß der Staat die Befugnis zur Zwangsversteigerung überhaupt nicht als abgeleitetes Recht, abgeleitet aus dem Rechtskreis eines Dritten, sei es, daß man den Staat als Beauftragten des Gläubigers oder des Schuldners ansieht, sondern auf Grund eigener Machtvollkommenheit und staatlichen Hoheitsrechtes ausübt.

§ 5.

II. 3. Die Veräußerung im Wege der Zwangsvollstreckung ist ein besonders gearteter Staatshoheitsakt.

a) Das Staatsorgan handelt nicht als Vertreter.

Zur Begründung der Behauptung, daß der Staat aus eigener Machtvollkommenheit und nicht auf Grund einer abgeleiteten Rechtsstellung Zwangsvollstreckungen vornimmt, wird als Ausgangspunkt die Rechtslage bei der Zwangsvollstreckung in bewegliche Sachen gewählt, die besonders wegen der Eigenart Beachtung verdient, weil sich die Veräußerungsbefugnis des Staates auch hier nicht aus der Rechtsstellung des Gläubigers herleitet, trotzdem sogar bei der Mobiliarzwangsvollstreckung ein Pfandrecht durch die Beschlagnahme für den Gläubiger entsteht. In der Rechtslehre hat man oft die Frage nach dem Rechtsverhältnis, auf das sich die Veräußerungsbefugnis des Staates stützt, aufgeworfen. Handelt es sich hier um ein bürgerlichrechtliches Auftragsverhältnis? Prozeßwissenschaft wie Rechtssprechung haben sich Jahrzehnte hindurch mit der Rechtsfrage beschäftigt, ob der Gläubiger sich des Staates nur als Werk-

[7]) *Wackenthaler S. 41, 19.*

zeug bei der Vollstreckung bedient, so beispielsweise Geib, Hirsch, Reichel,[1]) sodaß der Staat für die Stellung eines Erfüllungsgehilfen bei der zwangsweisen Durchsetzung des Gläubigeranspruchs einnimmt, oder ob die Stellung des Staates und seiner Organe bei der Gesamtheit aller Vollstreckungsmaßnahmen als eine öffentlichrechtliche angesehen werden muß. Hauptsächlich wurde diese Rechtsfrage in der Rechtsprechung bei der Beurteilung der Rechtsstellung des Gerichtsvollziehers praktisch. Die anfängliche Stellung der vereinigten Zivilsenate des Reichsgerichts,[2]) — der Gerichtsvollzieher ist Beauftragter des Gläubigers, — und die gegenteilige spätere Auffassung der vereinigten Senate,[3]) — der Gerichtsvollzieher handelt einzig allein auf Grund öffentlichrechtlicher Befugnis als Träger der Staatshoheitsgewalt, — ist bekannt. Es ist Eckstein,[4]) Geib, Hirsch, Reichel, nicht Recht zu geben, daß man aus dem Zweck der Zwangsvollstreckung als Verwirklichung von bürgerlichrechtlichen Ansprüchen auf den bürgerlichrechtlichen Charakter der Veräußerungsvorgänge in der Zwangsversteigerung schließen kann. Diese Rechtsansicht übersieht, daß der Anspruch oder wenn man will, das Recht auf Zwangsvollstreckung immer nur die eine Richtung gegen den Staat hat. Aus der Klagbarkeit des materiellen Anspruchs folgt nicht, daß die Erzwingbarkeit als Eigenschaft diesem angeheftet ist, um mit Geib zu reden, diesem „immanent" ist und gleichzeitig eine Richtung gegen den Schuldner hat.[5])

Wie schon vorhin darauf hingewiesen wurde und wie auch noch die weitere Untersuchung aufzeigen soll, ergibt sich die Verpflichtung des Schuldners, die Bestätigung des Rechtsschutzbegehrens des Gläubigers und die Vollstreckung zu dulden, einzig allein aus der Unterwerfung des Schuldners unter die Staatsgewalt. Mit der Ansicht, daß der Gläubiger ein publizistisches Besitzrecht habe, steht Pagenstecher[6]) vereinzelt da. Mit Recht wird von Kell[7]) darauf hingewiesen, daß der Staat von seiner Macht nichts dem Gläubiger zu eigenem Besitz und eigener Ausübung abläßt.

Der Vollstreckungsanspruch ist vielmehr einzig allein als ein öffentlichrechtlicher Anspruch des Gläubigers gegen den Staat zu denken, der völlig getrennt von dem privatrechtlichen, materiellen

[1]) *Geib S. 74, Hirsch 122 ff., Reichel 157.*
[2]) *RGZ. 16, 396.*
[3]) *RGZ. 82, 85.*
[4]) *Eckstein S. 58 und Anm.* [1]).
[5]) *a. A. Sieber Rechtszwang S. 178, 225, Reichel S. 157, Stein Voraussetzungen des Rechtsschutz 3 ff., Hein 58 ff.*
[6]) *Pagenstecher Rechtskraft 371 ff. und in Gruch. 50, 274.*
[7]) *Kell 6 Sächsisches Arch. für Rechtspflege. 6, 462.*

Anspruch gegen den Schuldner besteht. Seine Erklärung und Herleitung findet der Vollstreckungsanspruch auf der einen Seite aus dem Verbote der Selbsthilfe, auf der anderen Seite aus den prozessualen Einrichtungen des Staates zur Feststellung und demnächstigen Durchsetzung der festgestellten Ansprüche. Ob der Vollstreckungsanspruch eine Unterart des Rechtsschutzanspruches ist, so Stein S. 8, ist mir zweifelhaft, kann aber dahingestellt bleiben, da hier auch die heftigsten Gegner der Lehre von dem Rechtsschutzanspruch z. B. Bülow, Rosenberg, [8]) sein Bestehen anerkennen.

Mag auch die Rechtsentwicklung ursprünglich dergestalt gewesen sein, daß sich der Staat anfänglich mit der Feststellung des Anspruchs begnügte, dem Gläubiger die Durchsetzung des festgestellten Anspruchs aber überließ, sodaß der Gläubiger einen unmittelbaren Anspruch gegen den Schuldner auf Eingriff in dessen Vermögen hatte, z. B. Rechtsentwicklung zur fränkischen Zeit, so fällt doch in dem Augenblick, in dem der Staat nach Fortentwickelung auf eine höhere Rechtsstufe auch die Selbsthilfe allgemein verbietet, dieser Vollstreckungsanspruch gegen den Schuldner fort, ja eine eigenhändige Vollstreckung trotz vorhandenen privatrechtlichen Anspruchs wäre rechtswidrig und als Nötigung strafbar. Als Entschädigung für den genommenen Vollstreckungsanspruch mit privatrechtlichem Inhalt gegen den Schuldner gibt der Staat dem Gläubiger den öffentlichrechtlichen Anspruch gegen sich selbst auf Vornahme des Rechtspflegeaktes der Vollstreckung. Die Emporhebung der Zwangsdurchsetzung auch privatrechtlicher Ansprüche in das Gebiet der hoheitlichen Betätigung des Staates ist immer das Ergebnis eines fortentwickelten und zur inneren Reife gekommenen Staatsgebildes. Der Staat übernimmt als letzten Ausfluß des allgemeinen Rechtsfriedensgebots nicht nur den Schutz von bestehenden Rechtszuständen, sondern auch die zwangsweise Durchsetzung und Angleichung tatsächlicher Zustände an die als anders erkannte Rechtslage. Der Staat in seiner letzten organischen Vollendung, kann nicht zulassen, daß andere Zwangsgewalten sich neben ihm betätigen.

Demnach sind die Rechtsbeziehungen so zu denken, daß der materielle Anspruch sich unmittelbar gegen den Schuldner, der öffentlichrechtliche Anspruch auf Durchsetzung des materiellen Anspruchs, der Vollstreckungsanspruch, dagegen nur einzig allein gegen den Staat richtet, hier nur den äußeren Anstoß gibt, daß sich die Hoheitsgewalt des Staates in Form der Vollstreckungshandlung betätigt.

Das Recht zu seiner Betätigung leitet der Staat aber nicht aus

[8]) *Bülow S. 227, Rosenberg § 176 II 1.*

dem materiellen Anspruch des Gläubigers, sondern vielmehr aus seinem eigenen Wesen und dem sich selbst gesetzten Aufgabenkreis her. Der Rechtsgrund der Vollstreckungshandlung ist die Verurteilung des Staatsorgans (Gerichts) in Form eines vollstreckbaren Titels, nicht aber der diesem Titel im Regelfalle zugrundeliegende Anspruch des Gläubigers. Aus diesen Gründen heraus kann nicht der Ansicht Binders [9]) beigepflichtet werden, daß der vollstreckbare Anspruch und der Vollstreckungsanspruch eine Einheit oder doch wenigstens zwei Erscheinungsformen ein und derselben Sache seien. Vielmehr sind der vollstreckbare Anspruch und der Vollstreckungsanspruch hinsichtlich ihres Inhalts und ihrer Richtung durchaus verschieden. Der eine ist materieller Natur und richtet sich gegen den Schuldner, der andere ist öffentlichrechtlicher Natur und wendet sich gegen den Staat. Aus diesem Grunde ist es auch unmöglich, daß der Vollstreckungsanspruch eine „immanente" Eigenschaft des materiellen Anspruchs im Sinne von Geib sei oder überhaupt der vollstreckbare Anspruch selbst in seiner besonderen Form in dem Prozeß und der Zwangsvollstreckung (so Binder).

Auch das Reichsgericht hat bei der Beurteilung der Frage, ob die Pfändung und Verwertung von dem Gläubiger selbst gehörigen Sachen zulässig ist, in seiner Entscheidung [10]) klar erkannt, daß die Pfändung als hoheitlicher Akt immer zu Recht besteht, ohne daß gleichzeitig ein materieller Anspruch hinter ihr stehen muß. Mag auch neben dem Eigentum als dem umfangreichsten und höchsten Rechte, daß die Sache in all ihren Beziehungen ausschließlich umfaßt, ein Pfandrecht des Eigentümers an seiner eigenen Sache nicht mehr denkbar sein und somit auch niemals entstehen können, demzufolge auch kein Pfändungspfandrecht, so kommt doch durch den Pfändungsakt die Pfandverstrickung des Vollstreckungsobjekts zustande. Einzig allein auf Grund der Pfändung vollzieht sich nun der weitere Verwertungsakt der Pfandsache, nicht aber auf Grund des materiellen Pfandrechts. Deshalb ist auch nach der beizupflichtenden Ansicht des Reichsgerichts die Versteigerung der dem Gläubiger gehörigen Sache zulässig.

Wir dürfen uns also über den öffentlichrechtlichen Charakter der Veräußerung im Wege der Zwangsversteigerung trotz anscheinender Ähnlichkeit mit bürgerlichrechtlichen Rechtsgeschäften nicht täuschen lassen, insbesondere auch nicht, weil es sich in der Zwangsvollstreckung nur um Durchsetzung von privaten Ansprüchen handelt. Befugnis und Rechtsquelle der staatlichen Betätigung in der Zwangsvollstreckung leitet sich aus dem öffentlichen Recht her,

[9]) *Binder Prozeß und Recht S. 72 ff., 181 ff.*
[10]) *RGZ. 79, 241.*

seinem Inhalt nach gehört der Verwertungsakt dem öffentlichen Rechte an, wie die bisherige Untersuchung gezeigt hat. Auch der in der Plenarentscheidung[11]) aufgestellte Satz, daß die Tätigkeit der Organe der Zwangsvollstreckung dem öffentlichen Rechte, und zwar in ihrer Gesamtheit angehört,[12]) erklärt sich aus dem Aufbau unseres Vollstreckungsrechts. Die abgerundete innere Geschlossenheit und Selbständigkeit des Vollstreckungsrechts als Materie des öffentlichen Rechts gegenüber dem bürgerlichen Recht ergibt sich in handgreiflichster Form daraus, daß in der Vollstreckung jeder Anspruch, wenn er berücksichtigt werden soll, in prozessualer Form auftreten muß. Daß ein Anspruch nach bürgerlichem Recht besteht, wird nur dann berücksichtigt, wenn auch vom Gesetzgeber im Prozeßrecht bestimmte Formen und Wege hierfür eingerichtet sind. Der Eigentums- oder Besitzanspruch eines Dritten kann beispielsweise nicht mit einer Klage aus §§ 985, 1004 BGB. gegen den Vollstreckungsschuldner oder Gläubiger, sondern muß im Wege des § 771 ZPO. bezw. § 31 ZVG. geltend gemacht werden.

§ 6.

II. 3b. Die durch den Zuschlag geschaffenen Rechtsbeziehungen sind ähnlich den zweiseitigen Verwaltungsakten.

Im Laufe des Zwangsversteigerungsverfahrens, und zwar bei der Verwertung des beschlagnahmten Grundstücks im Wege der Veräußerung, findet sich das die Versteigerung leitende Staatsorgan mit der Person, die die Ersteherin des Grundstücks werden soll, zu einem gemeinschaftlichen Akte zusammen, dessen Rechtsnatur des näheren untersucht wird.

Daß diese Bereitschaftserklärung des zukünftigen Erstehers, gegen Zahlung des Meistgebots den Zuschlag des Grundstücks entgegenzunehmen, für das Zustandekommen des gemeinschaftlichen Aktes von Wichtigkeit ist, geht aus dem Umstande hervor, daß der Zuschlag nur auf Grund eines Gebotes und zwar grundsätzlich des Meistgebots zu erteilen ist. „Der Zuschlag ist dem Meistbietenden zu erteilen." § 81 ZVG. Der Willenserklärung des Bieters, der sich um den Zuschlag bewirbt, kommt also bei den Rechtsvorgängen, die sich in der Zwangsversteigerung abspielen, hervorragende Bedeutung zu. Bereitsschaftserklärung des Bieters und Zuschlagserklärung des Staatsorgans treten gegenüber und finden sich in einem gemeinsamen Akte zusammen. Da dem in der Zwangsversteigerung

[11]) *RGZ. 82, 85.*
[12]) *Schneider Justizzentralblatt 1900, 211.*

ausbietenden Staate ein anscheinend gleichberechtigtes Subjekt, nämlich der Ersteher, gegenübersteht, dessen Wille bei dem Ersteigerungsakt eine bedeutsame Rolle spielt, und der Zuschlag in der Versteigerung nur erfolgen kann, wenn sich ein Bieter entschließt, eine bestimmte Summe für den zu versteigernden Gegenstand zu bieten, eine vorhergehende Willenserklärung des Privatmannes also zum Ergehen des Staatshoheitsaktes Voraussetzung ist, liegt es nahe, den bei der Versteigerung in Erscheinung tretenden gemeinsamen Akt als Vertrag anzusprechen. Die Tatsache, daß durch die bis ins Einzelne festgelegten Versteigerungsbedingungen die Gestaltung des Rechtsverhältnisses einzig allein in die Hand des Versteigerungsrichters gelegt ist, und nur der Bieter durch Abgabe des Gebotes seine Bereitwilligkeitserklärung hinzufügen darf, spricht wenigstens nicht gegen den Vertragscharakter dieses gemeinsamen Akts. Denn wie auch die Verträge mit Post und Eisenbahn beweisen, bleibt ein Rechtsverhältnis, bei dem die Ausgestaltung völlig von der einen Partei übernommen wird und die andere Partei an diesen ihr diktierten Bedingungen nichts ändern darf, ein Vertrag, da es ja immer noch bei der anderen Seite liegt, ob sie diesen Vertrag mit diesen Bedingungen überhaupt annimmt. Mögen die Parteien auch bei der Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses nicht den gleichen Einfluß haben, so haben sie ihn doch in der Hinsicht, ob überhaupt ein Vertrag zustande kommt. Die Gleichwertigkeit der den Vertrag herbeiführenden Willenserklärung ist, wenn auch nicht hinsichtlich des Wie, der Ausgestaltung, doch hinsichtlich des Ob, des Zustandekommens, gewahrt.

Des Weiteren muß festgestellt werden, daß, wenn der gemeinsame Akt als Vertrag anzusprechen wäre, dieses Vertragsverhältnis nur dem öffentlichen Recht, nicht aber dem bürgerlichen Recht angehören könnte. Denn dem bürgerlichen Recht ist dieser gemeinsame Akt deshalb entzogen, weil, wie festgestellt wurde, die Gesamtheit der Handlungen des Staatsorgans bei der Zwangsversteigerung dem öffentlichen Rechte angehört, der Zuschlag ebenso wie die anderen Vollstreckungshandlungen ein Staatshoheitsakt ist. Durch die hoheitsrechtliche Betätigung des Staatsorgans bei diesem gemeinsamen Akte ist dieser dem bürgerlichen Rechte enthoben und in die Rechtssphäre des öffentlichen Rechts eingereiht. Der Staat handelt bei der Veräußerung in der Zwangsversteigerung nicht als Fiskus, indem er sich etwa mit seinem Vertragsgegner seinem Untertan auf gleiche Stufe stellt und als Träger von bürgerlichen Rechten und Pflichten rechtsgeschäftlich auftritt.

Es drängt sich die Frage auf, daß wenn schon die Betätigung des Staates in der Zwangsversteigerung öffentlichrechtlicher Natur ist und der in seiner Rechtsnatur noch näher zu untersuchende

gemeinsame Akt durch die hoheitliche Betätigung des Staates dem bürgerlichen Recht ein für allemal entzogen ist, warum dann nicht wenigstens zwischen Staat und Ersteher ein öffentlichrechtlicher Vertrag in der Zwangsversteigerung geschlossen werden sollte. Die weitaus herrschende Meinung erkennt wohl an, daß Verträge auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts zwischen gleichgeordneten juristischen Personen des öffentlichen Rechts möglich sind. Lebhafter Streit herrscht aber darüber, ob sie auch zwischen übergeordneten und untergeordneten Rechtssubjekten, also hauptsächlich zwischen Staat und Bürger überhaupt denkbar sind.[1]) Einer Stellungnahme zu diesem Streit bedarf es jedoch nicht, da auch die zweite Ansicht, wie sie beispielsweise von Fleiner[2]) vertreten wird, durchaus anerkennt, daß von einem Vertrage nur dort die Rede sein kann, wo eine Gleichwertigkeit der Willensbetätigung der vertragschließenden Parteien, wenn auch nicht bei der Ausgestaltung, so doch wenigstens beim Zustandekommen des Vertrages feststellbar ist.

Wie sich im Laufe der weiteren Untersuchung herausstellen wird, ist eine Gleichwertigkeit der Willensbetätigung der an dem Zustandekommen durch Abgabe des Gebotes und des Zuschlages Beteiligten nicht gegeben, da der Privatmann an der hoheitlichen Betätigung des Staates keinen Anteil hat. Die Rechtsänderungen in der Versteigerung ergeben sich auch nicht auf Grund eines geeinten Willens des Erstehers und Staatsorgans, die sich zwecks Herbeiführung dieses Rechtserfolges etwa zusammengetan hätten, vielmehr werden diese Rechtsänderungen einzig allein durch den Staatshoheitsakt geschaffen, der seine rechtssetzende Kraft aus sich selbst schöpft und nicht gleich dem privaten Rechtsgeschäft aus dem Gesetz entlehnt.

Ein Seitenblick auf eine Rechtserscheinung im Verwaltungsrecht, nämlich dem sogenannten zweiseitigen Verwaltungsakt, bei dem gleichfalls als Voraussetzung der staatshoheitlichen Betätigung eine zustimmende Willenserklärung des Untertans vorhanden sein muß, soll die weitere Untersuchung fördern. Daß auf der Suche nach der Rechtsnatur des Zuschlags auf das Verwaltungsrecht zurückgegriffen wird, darf nicht verwundern, da der Justizakt im Zuschlag ebenso wie der Verwaltungsakt als Staatshoheitsakt ergeht und somit rechtsverwandter Natur ist. Man kann sogar sagen, daß sich bei der Verwertung der Pfandsache in der Zwangsvollstreckung die Gerichtsbarkeit und die Verwaltung, sonst streng voneinander getrennte Staatstätigkeiten, in diesem Punkte berühren oder sogar überschneiden. Zweckmäßigkeitserwägungen und eine innere Zu-

[1]) *Layer S. 6 und die dort angegebenen Schriftsteller.*
[2]) *Fleiner Institutionen § 13 S. 211.*

sammengehörigkeit der Vollstreckung, die zwar eines Teils schon zur Verwaltung gehört, andererseits sich auch wieder aus der rechtssprechenden Tätigkeit herleitet und auch mit ihr aufs engste verbunden ist, lassen es erwünscht und auch der organischen Zusammengehörigkeit gerecht werdend erscheinen, wenn diese verwaltende Tätigkeit den Justizbehörden belassen wird. Es sei übrigens hier hingewiesen, daß gerade umgekehrt die Verwaltungswissenschaft Ergebnisse der Prozeßwissenschaft über die Rechtsnatur von Staatshoheitsakten, wie sie in einem Urteil usw. in Erscheinung treten, nutzbringendst im Verwaltungsrecht verwendet hat.[3]) Als Hauptfälle derjenigen Rechtserscheinungen, für die die Lehre im Verwaltungsrecht unter Vorangang von Walter Jellinek den Begriff „zweiseitigen Verwaltungsakt" geprägt hat, sind die Beamtenernennung und Aufnahme in den Staatsverband (Naturalisation) zu nennen. Bei diesen Akten ist die Voraussetzung für die staatshoheitliche Betätigung eine freie zustimmende Willenserklärung eines Untertans. Gleichwohl ist es nicht richtig, wenn Kelsen[4]) behauptet, daß wenn der Staat auf Grund der Rechtsordnung einen Beamten nicht ohne seinen Willen anstellen oder einen Ausländer in seinem Staatsverband aufnehmen kann, dann „die Aufnahme in den Staatsdienst oder in den Staatsverband ebenso ein zweiseitiges Rechtsgeschäft wie die locatio conductio operarum zwischen Unternehmer und Arbeiter oder der Beitritt zu einem Geselligkeitsverein sei." Denn beide Willensbetätigungen des Staates erfolgen in den beiden genannten Fällen in Ausfluß der Staatshoheitsgewalt, während der Amtsanwärter oder der die Aufnahme in den Staatsverband begehrende Ausländer dem Staatshoheitsakt nichts ähnliches entgegensetzen kann, überhaupt an eine öffentlichrechtlichen Betätigung nicht teil hat. Kelsen kommt zu seiner entgegengesetzten Stellungsnahme, weil er überhaupt den Mehrwert des Staates über den Untertan leugnet. Weil in diesen oben genannten Fällen sich die Hoheitsgewalt des Staates betätigt und nur die Einwilligung des Privatmannes, die keinerlei öffentlichrechtliche Elemente enthält, als weiteres Erfordernis hinzutreten muß, leugnet entgegen der Auffassung von Kelsen die herrschende Lehre mit Recht den Vertragscharakter dieser Vereinbarung und erklärt auch diese Akte als besonders geartete Staatsakte. Es ist das Verdienst von Walter Jellinek, darauf hingewiesen zu haben, daß zwischen dem höchsten Grade der Einseitigkeit, nämlich dem Verwaltungsakt, der ohne

[3]) *Kormann System, ders. Beziehungen zwischen Justiz und Verwaltung, Jahrbuch öffentliches Recht Bd. 7 S. 1 ff. Böttticher Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß Bd. 51, 206.*

[4]) *Kelsen Archiv für öffentliches Recht 35, 190 ff.*

Zuziehung des Beteiligten ergeht und ohne Zustellung an ihn wirksam wird, bis zur vollendeten Form der Zweiseitigkeit, nämlich dem öffentlichrechtlichen Vertrage, eine Reihe von Abstufungen bestehen, bei denen die Einseitigkeit bezw. die Zweiseitigkeit in einem mehr oder weniger starken Maße vorhanden sind. Unter Führung von Walter Jellinek, zum Teil auch schon unter Vorangang von Otto Mayer, hat die Verwaltungsrechtswissenschaft erkannt, daß es Staatsakte gibt, für deren Ergehen ein Antrag oder die Zustimmung des Beteiligten erforderlich sind, die überhaupt nur unter diesen Bedingungen ergehen können, ergehen sie ohne die Willensbetätigung des Privatmannes, so sind sie unwirksam. Gleichwohl unterscheiden sie sich von dem öffentlichrechtlichen Vertrage. Denn auch bei den Staatsakten, die zu ihrem Ergehen eine entsprechende Willensbetätigung des Privatmannes voraussetzen, hat der Staat noch ein Übergewicht, das sich aus der öffentlichrechtlichen Gewaltausübung des Staates erklärt. Es wird mit Recht darauf hingewiesen, daß ein solcher zusammengesetzter Akt kein Vertrag sei, weil er aus zwei ungleichen Hälften bestehe: nämlich der Willenserklärung eines Privatmannes, die allen rechtlichen Schicksalen und Schwächen einer privaten Willenserklärung unterliegt, und einem Staatshoheitsakt, der eine weit größere Beständigkeit besitzt, der die Vermutung für seine Gesetzmäßigkeit und für seinen Bestand für sich hat, oder, um mit Otto Mayer [5]) zu sprechen, „seine eigene Gültigkeit bezeugt und dessen Ergehen und Wirksamkeit oft unabhängig von seiner Gesetzesgrundlage ist." Der Staatshoheitsakt steht auf sich selbst und entlehnt nicht gleich dem privaten Rechtsgeschäft seine Kraft dem Gesetze. Die Willenserklärung des Bürgers dagegen hat niemals die Vermutung der Rechtmäßigkeit und Gültigkeit für sich, wie der Privatmann überhaupt bei diesem zusammengesetzten Akt an einer öffentlichrechtlichrechtlichen Betätigung nicht teilnimmt. Die Ungleichkeit erklärt sich aus der Überordnung des Staates über dem Bürger, sobald ersterer kraft hoheitlicher Gewalt handelt.

Ein weiterer Unterschied zwischen diesen sogenannten zweiseitigen Staatsakten und einem Vertrage besteht in der Art und Weise, wie die mit diesem Akt gewollten Rechtswirkungen zustande kommen. Bei einem Vertrage ist der Eintritt der Rechtswirkungen von der Rechtsordnung an die Erklärung einer Willensübereinstimmung geknüpft. Der zweiseitige Staatshoheitsakt begründet dem gegenüber die Rechtswirkungen nicht auf Grund einer vertraglichen Vereinbarung sondern kraft staatlichen Machtspruchs. Kormann [6])

[5]) *Otto Mayer Verwaltungsrecht I S. 100.*
[6]) *Kormann System S. 38.*

hat über die Naturalisation, Beamtenernennung sowie im besonderen über die sogenannten unechten Verträge, die auf eine Abänderung öffentlichrechtlicher Pflichten und Rechte im Einverständnis mit dem Betroffenen abzielen, ein Wort geprägt, das auch auf die durch den Zuschlag begründeten Rechtsverhältnisse zutrifft:

> „Alle diese Staatsakte wirken nicht durch vertragsmäßige Willensübereinstimmung, sondern durch ihre eigene öffentlichrechtliche Kraft als einseitige Willenserklärungen, deren Besonderheit ebenso wie bei der Beamtenernennung oder Naturalisation nur darin besteht, daß sie nicht ergehen dürfen, ohne die Zustimmung des Betroffenen und daß der Mangel dieser Zustimmung die später noch zu erörternden Folgen nach sich zieht."

Eine derartige Rechtserscheinung, daß ein Staatshoheitsakt nur ergehen darf, wenn die vorherige Bereitwilligkeitserklärung eines Privatmannes vorliegt, als zweiseitigen Verwaltungsakt bezw. Justizakt zu bezeichnen, wie Jellinek [7]) und nach ihm andere Schriftsteller tun, erscheint bedenklich. Durch diesen Ausdruck wird zwar die hervorragende Beteiligung des Privatmannes genügend gekennzeichnet, gleichzeitig wird aber verschleiert, daß auf Seiten des Staates, der zwar gemeinschaftliche Elemente bergende Akt doch als Staatshoheitsakt ergeht und Rechtswirkungen nicht auf Grund einer vertraglichen Vereinbarungen, sondern kraft staatlichen Machtspruches begründet. Die Namensgebung erscheint also nicht zweifelsfrei. Bei dem Ausdruck zweiseitiger Verwaltungsakt schwingt doch etwas wie Gleichwertigkeit der beiden beteiligten Teile mit, wie auch ein gewisser Schein der Anteilnahme an der Ausübung der Staatshoheitsgewalt auf den Privatmann fällt, da doch das Wort „zweiseitig" auch auf den „Verwaltungsakt" hinüberweist. Und gerade dieser ergeht einseitig. Infolge dieser Bedenken soll auch des weiteren der Zuschlag als ein Staatshoheitsakt bezeichnet werden, der nur ergehen darf, wenn eine entsprechende Willenserklärung eines Privatmannes, des Erstehers, vorliegt. Die hier vorgetragenen Bedenken dürften wohl auch der gleiche Grund gewesen sein, warum die Rechtsprechung [8]), die sich sachlich durchaus in Übereinstimmung mit Jellinek befindet, wiederum nur von „einseitigen" Verwaltungsakten spricht, aber durchaus anerkennt, daß diese Staatshoheitsakte nichtig sind, wenn die Zustimmung des Privatmannes fehlt.

---

[7]) *Jellinek Verwaltungsrecht § 11 II 2.*
[8]) *Pr. OVG. 70, 717 RG. vom 22. 3. 21 in Gruchot 1921, 490.*

§ 7.

II. 3c. Auseinandersetzung mit der Ansicht von Huber über Inhalt und Ausgestaltung der Rechtsbeziehungen zwischen Staat und Ersteher.

Die hier vorgetragene eigene Ansicht über den Inhalt und Ausgestaltung der zwischen Staat und Ersteher beim Zuschlag in der Zwangsversteigerung zustandekommenden Rechtsbeziehungen findet in der Literatur oder Rechtsprechung keine Ansichten, mit denen sie sich auseinandersetzen könnte oder mit denen sie gleich ginge. Man hat zwar allgemein erkannt[1]), daß der Eigentumsübergang durch einen Staatshoheitsakt bewerkstelligt wird, aber durüber hinaus hat man sich über die Rechtsnatur der durch Gebot durch Zuschlag zustande kommenden Rechtsbeziehungen kaum Gedanken gemacht. Auf die Frage, wie die Rechtsbeziehungen zwischen Staat und Ersteher im einzelnen zu denken sind, findet man kaum eine Antwort. Einzig allein im Eidgenössischen Recht ist auch Huber diesen Rechtsgedanken nachgegangen. Andeutungen finden sich aber wohl auch bei Stein[2]), demzufolge z. B. beim Gerichtsvollzieher für die dingliche Seite nur seine öffentlichrechtliche Stellung, für den obligatorischen Vertrag, soweit die ZPO. und das ZVG. nichts verfügt haben, die Grundsätze des BGB. entsprechend herangezogen werden dürfen, weil für die obligatorische Seite die Amtsstellung des Vollstreckungsorgans ohne entscheidende Bedeutung sei, sodaß nach diesem Schriftsteller ein schuldrechtlicher Vertrag zwischen Vollstreckungsorgan und Ersteher unter Anwendung aller Regeln des Bürgerlichen Rechts zustande kommt. Ähnliche Rechtsgedanken deutet auch Blach[3]) an, demzufolge durch die Versteigerung ein schuldrechtliches Grundgeschäft zwischen Ersteher und dem Eigentümer zustande kommt, dessen dingliche Erfüllung durch den öffentlichrechtlichen Akt des Zuschlags erfolgt. Eingehender ist schon die Stellungsnahme von Huber. Dieser Schriftsteller kommt im Laufe seiner Untersuchung über die Rechtsnatur der Zwangsversteigerung gegenüber der hier vertretenen Ansicht von dem ein-

[1]) *Die öffentlichrechtliche Natur des Zuschlags bejahen: 1. RGZ. 60, 54 RGZ. 67, 38, RGZ. 80, 351, OLG. Königsberg Rechtssprechung OLG. 9, 380, OLG. Rostock vom 29. 6. 12 Seuff. Arch. Pr. OVG. DJZ. 14, 382. Fischer-Schäfer § 90 Anm. 1, Reinhard § 44 Anm. 3, Kretschmar sächs. Arch. 98, 546, Schneider Justiz-Zent. Bl. 12, 79, Donau-Förster 2, 670 von der Pforten § 90 Anm. 1, Samter 31. Jaeckel-Güthe § 82 Z. V. G. Kom. Anm. 7 II.*

[2]) *Stein S. 67.*

[3]) *Blach in Gruchots Beiträgen Bd. 55 S. 322.*

seitig öffentlichrechtlichen Akt des Zuschlags, der nur zu seinem Ergehen eine entsprechende Willenserklärung des Erstehers voraussetzt, zu einer Mittelmeinung. Huber erkennt durchaus an, daß der Zuschlag öffentlichrechtlichen Charakter trägt, aber behauptet gleichzeitig, daß er auch bürgerlichrechtliche Bestandteile in sich berge. Im schweizerischen Recht ist gleichfalls die Frage nach der Rechtsnatur der Zwangsversteigerung offen gelassen. Nach Huber-[4]) ist der Zuschlag in der Zwangsversteigerung eine Verfügung, durch die die Vollstreckungsbehörde nach Maßgabe der Versteigerungsbedingungen und gestützt auf das an sie als das Vollstreckungsorgan gerichtete Meistgebot gegenüber den beteiligten Parteien, die sowohl zivil- als hoheitsrechtlichen Rechtsbeziehungen begründet und feststellt, denen gemäß dann die Veräußerung erfolgt.

Der hier vertretenen Ansicht von dem Zuschlag als einseitigen öffentlichrechtlichen Akt, dem ein privater Willensakt vorausgeht, nähert sich auch Huber[5]) an, wenn er feststellt: Die Vollstreckungsbehörde erklärt den Versteigerer nicht wie die eine privatrechtliche Partei der anderen, „sie verspreche (für sich oder einen Vertreter) das Versteigerungsobjekt dem Ersteher zu übertragen gegen das Versprechen des letzteren zur Bezahlung des Erlöses." Die Erklärung des Gerichts hat vielmehr dem Ersteigerer gegenüber die Bedeutung „es begründe hiermit kraft seiner amtlichen Gewalt den Anspruch des Ersteigerers auf Übertragung des Exekutionsobjektes und andererseits die Verpflichtung des Ersteigerers, den angebotenen Erlös als Gegenleistung zu bezahlen".

Huber erkennt auch klar, daß die privatrechtliche Willenserklärung, wie sie in der Abgabe des Meistgebots erfolgt, die Voraussetzung des im Zuschlag sich vollziehenden Staatshoheitsaktes ist und nicht etwa als eine bürgerlichrechtliche Offerte zu würdigen ist.

„Diese Erklärung richtet sich an den Staat nicht als eine dem Erklärenden gleichstehende Partei sondern als über ihm stehende staatliche Behörde und geht dahin, daß der Erklärende bereit sei, der ihm auferlegten Verpflichtung zur Zahlung des Meistgebots sich zu unterwerfen, in der Meinung, daß das Amt andererseits durch die Zuschlagserklärung den Anspruch auf Übertragung des Steigerungsobjektes nach Maßgabe der Versteigerungsbedingungen begründe". Diese Erkenntnis der Rechtsbeziehungen zwischen Staat und Ersteher, die sich durchaus der hier vertretenen Ansicht nähert, wird leider wieder völlig verwischt, wenn nun Huber die Rechtsbeziehungen zwischen Ersteigerer und Staat, ins-

[4]) *Huber S. 276.*
[5]) *Huber S. 287.*

besondere die Rechte des Ersteigerers gegen den Staat, wie auch die Rechtsbeziehungen zwischen dem Ersteher und dem letzten Eigentümer betrachtet und plötzlich ein bürgerlichrechtliches Schuldverhältnis annimmt, was nach den vorhergegangenen Ausführungen Hubers als ein bedauerlicher Rückfall aus der öffentlichrechtlichen Konstruktion in die bürgerlichrechtliche Anschauung zu werten ist. Irgendwelche besonderen Bestimmungen des Eidgenössischen Rechts bilden nicht etwa den Grund hierfür. Huber behauptet nun, daß durch den hoheitlichen Akt des Zuschlags ex lege zwischen dem Schuldner wie auch dem Gläubiger und Ersteher eine Reihe von bürgerlichrechtlichen Schuldverhältnissen entstanden seien. Für den Schuldner nimmt Huber eine ähnliche Verpflichtung zum Vertragsabschluß an, wie sie die oben angeführte Lehre von der Schuldnervertretung konstruiert hat. Auf deren Widerlegung kann verwiesen werden.

Noch größere Schwierigkeitet bereitet Huber [6]), wie er selbst zugibt, die Erklärung dafür, daß auch dem Ersteher gegenüber die Zuschlagsverfügung der Rechtsgrund ist, wegen dessen er privatrechtlich gebunden ist, insbesondere als privatrechtlicher Schuldner zur Zahlung des Barerlöses verpflichtet wird. Huber erkennt richtig, daß die einzige Quelle der möglichen privatrechtlichen Beziehungen des Erstehers zu dem Vollstreckungsschuldner oder Gläubiger nur der Zuschlag sein kann. Ihm gelingt auch der Beweis dafür, daß der Ersteher mit dem Schuldner einen schuldrechtlichen Vertrag in dem Zuschlag abschließt, nicht, da ja Huber gerade die Brücke, die die Lehre von der Schuldner- und Gläubigervertretung zur Konstruktion vertraglicher Beziehungen zwischen Ersteher einerseits und Schuldner oder Gläubiger anderseits benützt, nämlich daß der Staat nur als Beauftragter verkaufe, dadurch abgebrochen hat, daß er richtigerweise feststellt, daß der Staat die Veräußerungsbefugnis aus eigenem Rechte schöpft. Huber kommt bei seiner Beweisführung zu der schon festgestellten Erkenntnis zurück, daß die Erklärung des Privatmannes nicht einen derjenigen der Behörde gleichartigen und gleichwertigen Bestandteil enthält. Vielmehr hat sie nach Huber die Bedeutung einer öffentlichrechtlichen Erklärung und die darauf ergehende Erklärung des Vollstreckungsgerichts den Charakter einer Verfügung .

Den Entstehungsgrund der privatrechtlichen Verpflichtung des Ersteigerers liegt auch nach Huber [7]) nicht darin, weil der Ersteher einer privatrechtlichen Gegenpartei eine von dieser angenommenen Vertragsofferte gemacht hätte, — daß eine solche

[6]) *Huber S. 284.*
[7]) *S. 287.*

Gegenpartei fehlt, stellt auch Huber richtigerweise fest, — sondern weil das Amt gestützt auf die gesetzlichen Voraussetzungen für den Erlaß der Zuschlagsverfügung und insbesondere auf die in dem Meistgebot liegende öffentlichrechtliche Einwilligungserklärung, durch diese Verfügung (Zuschlag) ihm die privatrechtlichen Verpflichtungen eines Erstehers auferlegt. Auch bezüglich seiner Rechte und Pflichten könne es sich deshalb wie bei den übrigen Beteiligten in keiner Hinsicht um einen Vertrag, sondern nur um den behördlichen Zuschlagsakt als Rechtsgrund handeln.

Die Beweisführung von Huber wird meines Erachtens nach erst in dem Augenblick unrichtig, in welchem er die Behauptung aufstellt, daß die Rechtsbeziehungen, die sich aus dem Zuschlag ergeben, ihrer Rechtsnatur nach privatrechtliche sein müssen, — und zwar sollen die aus einem Vertragsverhältnis mit den Beteiligten entspringen. In diesem Teile der Beweisführung wäre der Gedankensprung zu bemängeln, daß aus einem öffentlichrechtlichen Verhältnis auf einmal bürgerlichrechtliche Verpflichtungen entspringen sollen, gewöhnlich entspringen aus öffentlichrechtlichen Verhältnissen nur öffentlichrechtliche Rechtsbeziehungen, insbesondere keine bürgerlichrechtlichen Vertragsbeziehungen. Von Legalobligationen macht das Gesetz nur in bestimmten und als Ausnahmefällen gekennzeichneten Fällen Gebrauch, deren Entstehungstatbestand auch ein ganz anderer als der im vorliegenden Falle ist.

Wenn also der Ersteher die Pflicht zur Zahlung des Gebotes hat, so leitet sich diese Pflicht nicht etwa daher, daß durch den Zuschlag eine Reihe von bürgerlichrechtlichen oder öffentlichrechtlichen Verträgen durch Angebot und Annahme zustande gekommen sind, sondern einzig allein aus dem Grunde, weil der Staat durch den Staatshoheitsakt im Zuschlag gemäß dessen Bedingungen diese Rechtspflichten anordnet. Diese Verpflichtungen leiten sich auch nicht etwa aus dem Angebot des Erstehers in der Zwangsversteigerung an den Staat oder die Beteiligten her, etwa ähnlich zu denken wie eine einseitig verpflichtende Erklärung an jeden, den es angeht, eine Auslobung, sondern einzig allein, weil der Staat durch hoheitliche Anordnungen diese Pflichten begründet. Daß das Angebot des Erstehers zur Wirksamkeit des Staatshoheitsaktes vorher ergangen sein muß, darf nicht über die wahre Rechtslage täuschen. Wie Kormann schon festgestellt hat, wirken diese gemeinsamen Akte nicht durch vertragsmäßige Willensübereinstimmung, sondern durch ihre öffentlichrechtliche Kraft als Willenserklärung staatshoheitlichen Willens.

§ 8.

II. 3d. Widerlegung von Einwänden gegen die hier vertretene Ansicht von der öffentlichrechtlichen Natur der Zwangsversteigerungsvorgänge.

Von dem hier vertretenen Standpunkt über den Inhalt und die Ausgestaltung der durch den Zuschlag geschaffenen Rechtsbeziehungen aus lassen sich auch sämtliche Einwendungen gegen die Lehre von der öffentlichrechtlichen Natur der Rechtsbeziehungen widerlegen. Rothenberg hat aus dem Umstande, daß der Bieter in der Zwangsversteigerung an sein Gebot gebunden ist (§ 72 ZVG.) folgern wollen, daß das Versteigerungsgebot als Antrag zur Schließung eines bürgerlichrechtlichen Vertrages (§ 145 BGB.), dessen Annahme (§ 156 BGB.) durch den Zuschlag zustande kommt, zu betrachten sei. Die Vorschrift, daß der Bieter in der Zwangsversteigerung bis zur Abgabe eines Übergebotes an sein Gebot gebunden ist, ist aber nicht als eine besondere Erscheinungsform des Grundsatzes des § 145 BGB., daß der Antragende an seinen Antrag gebunden ist, zu erachten, was nach Rothenberg ausschließlich für die Ansicht eines in den Zuschlag zustande kommenden Kaufvertrages sprechen soll. Diese gesetzliche Vorschrift gliedert sich in das System der Lehre von der öffentlichrechtlichen Natur der in dem Zuschlag geschaffenen Rechtsbeziehungen ein und spricht nicht, wie oft entgegengehalten wird, ausschließlich für die Lehre von der Schuldner- oder Gläubigervertretung. Auch bei der Erkenntnis, daß der Zuschlag ein einseitiger Staatshoheitsakt ist, läßt sich die Bindung des Bieters an sein Gebot erklären, da natürlich der Staat ein Interesse daran hat, daß die vorhergehende korrespondierende Willenserklärung, die der später ergehende Staatsakt voraussetzt, nicht bei nächster Gelegenheit wieder beliebig zurückgenommen werden kann, sondern unwiderruflich wird oder nur in besonderen Fällen der Anfechtung unterliegt. Es ist sogar für Willenserklärungen, die gegenüber dem Staat oder der Allgemeinheit abgegeben werden, eigentümlich, daß sie nur in den seltensten Fällen widerruflich sind. Gewöhnlich sind sie sogar der Anfechtung wegen Irrtums entzogen. Man denke z. B. an die prozessualen Erklärungen, wie Einlegung von Rechtsmitteln, Zustimmungen zu Handlungen des Gegners, beispielsweise Klagezurücknahme usw. oder an die Zustimmung im Zwangsvergleich im Konkurs. Aber auch privatrechtliche Erklärungen gegenüber der Allgemeinheit, wie Zeichnungen von Aktien, Gründungen von Gesellschaften usw. unterliegen nicht der Irrtumsanfechtung oder der Anfechtung wegen Betruges. Daß die Anfechtbarkeit der Willenserklärung des Bieters

nach erfolgtem Zuschlag nicht durch Erklärung gegenüber dem Vertragsgegner sondern nur im Wege der formellen Beschwerde erfolgen kann, deutet vielmehr auf das öffentliche als auf das bürgerliche Recht hin. Aus der Vorschrift, daß der Bieter an sein Gebot gebunden ist, läßt sich also nicht durch den Hinweis auf Vorschriften über Vertragsangebot und Vertragsannahme der bürgerlichrechtliche Charakter des Zuschlags folgern. Darüber hinaus lassen sich aus dem Zwangsversteigerungsgesetz gegen die Annahme der Gläubiger- und Schuldnervertretungslehre, daß Meistgebot und Zuschlag im Verhältnis von Vertragsangebot und Annahme stehen, beachtliche Gegengründe aufführen. Dem Meistbietenden steht ein durch Beschwerde verfolgbares Recht auf Erteilung des Zuschlags zu § 81 Abs. I, § 97 Abs. ZVG. Diese Erscheinung ist dem Vertragsrecht durchaus fremd, im öffentlichen Recht dagegen ist ein eingeräumtes Beschwerderecht eine durchaus tägliche Erscheinung: man wendet sich mittels der Beschwerde von der niederen Instanz zur höheren, wenn man eine Handlung der unteren Staatsorgane als unrechtmäßig glaubt rügen zu müssen. Des weiteren ist es auch eine dem Privatrecht durchaus fremde Erscheinung, daß ein Vertrag von Seiten Dritter, die nicht als Vertragsparteien in Frage kommen, kraft der ihnen zustehenden Befugnis als Beteiligten im Beschwerdewege zu Fall gebracht werden kann. Die actio Pauliana stellt einen Ausnahmefall in unserem Vertragsrecht dar. Mit der actio Paulia können Verträge von Seiten Dritter angefochten werden, weil die Vermögensverschiebung mit dem ausdrücklichen Zweck der Gläubigerbenachteiligung als unsittlich von dem Gesetzgeber angesehen wird, und der Gläubiger als Benachteiligter, diesmal also als Dritter nicht als Vertragsgegner, infolge ausdrücklicher Legitimation gemäß §§ 1, 3 des Anfechtungsgesetzes die Unsittlichkeit der Vermögensverschiebung geltend machen darf. Er darf es, weil er derjenige ist, auf dessen Kosten und zu dessen Schaden das unsittliche Geschäft vorgenommen worden ist. Die Gründe aber, wegen deren ein am Zwangsversteigerungsverfahren Beteiligter den angeblichen „Vertrag" durch Beschwerde hinfällig machen kann, haben mit einem Verstoß gegen die guten Sitten nichts zu tun.

Auch die Tatsache, daß der Anspruch auf Zahlung des Gebotes solange zum Vermögen des Schuldners gehört, als der Erlös noch nicht verteilt ist, ist zur Stützung der Lehre von der Schuldnervertretung und zur Widerlegung der Lehre von der öffentlichrechtlichen Natur des Zuschlags herangezogen worden. Der Grundsatz, daß die Forderung auf den Erlös in das Vermögen des Vollstreckungsschuldners fällt, ist zwar ausdrücklich nicht im Gesetz ausgesprochen. Er ergibt sich aber aus dem Surrogationsprinzip, das seinerseits in den §§ 92, 10, 37 Ziff. 5, 109, 110, 118 ZVG. aus-

gesprochen ist. „Erlischt durch den Zuschlag ein Recht, ... so tritt an die Stelle des Rechts der Anspruch auf Ersatz des Wertes aus dem Versteigerungserlös".

Diese gesetzliche Regelung, daß der Erlös an die Stelle des Grundstücks tritt, hat die große rechtliche Bedeutung, daß Rechtsverhältnisse, wie sie bezüglich des Grundstücks bestanden, auch so sich in ihrer Lagerung und Rangordnung über dem Versteigerungserlös verteilen. Dem Voreigentümer steht also auf Grund der durch den Zuschlag eingetrenenen Surrogation der Anspruch auf den Erlös zu. In sein Vermögen fällt dieser Anspruch.

„Der Eigentümer, welchem das Grundstück durch den Zuschlagsbeschluß genommen wird, erlangt hierfür den Anspruch auf Zahlung des Betrages, welche in Erfüllung des Meistgebotes von dem Ersteher oder einem Anderen zu zahlen ist, gegen den Verpflichteten, und wenn die Zahlung an das Gericht bewirkt wird, das Eigentum an den Geldstücken, natürlich unbeschadet der den Übrigen zustehenden Rechte." [1]) Aus der Tatsache aber, daß dem Vollstreckungsschuldner die Forderung auf den Erlös zusteht, darf nicht gefolgert werden, daß hier Rechtsbeziehungen aus irgendeinem Rechtsnachfolgeverhältnis zwischen Vollstreckungsschuldner und Ersteher bestehen, es sich also um eine verschleierte Kaufpreisforderung handele. Nicht weil der Ersteher Rechtsnachfolger ist, sondern weil kraft hoheitlichen Aktes der Staat die Verpflichtung des Erstehers zur Zahlung des Kaufpreises begründet und gleichzeitig anordnet, daß der Erlös an die Stelle des Grundstücks tritt, fällt die Forderung auf Zahlung des Erlöses in das Vermögen des Schuldners. Das Forderungsrecht auf den Erlös ist also nicht das Ergebnis eines vom Vollstreckungsschuldner abgeleiteten Eigentumserwerbs. Insbesondere ist auch zu berücksichtigen, daß infolge der Surrogation die Beschlagnahme, die sich bis dahin auf das Grundstück erstreckte, nunmehr den Erlös ergreift und bezüglich diesem den Vollstreckungsschuldner jede Verfügungsmöglichkeit nimmt. Hieraus ist auch zu ersehen, daß das Forderungsrecht sich nicht aus einem Rechtsgeschäft zwischen Ersteher und Voreigentümer sondern aus dem Surrogationsgrundsatz herleitet.

Die Tatsache allein, daß in den §§ 53, 56, 57 ZVG. die §§ 416, 446, 571 ff. BGB. als anwendbar erklärt sind, darf nicht als ausschlaggebend in der Beweisführung für den rechtsgeschäftlichen Charakter der Veräußerung in der Zwangsversteigerung angesehen werden, zumal es der Gesetzgeber bei Schaffung des Zwangsversteigerungsgesetzes bewußt vermieden hat, sich für die Verkaufstheorie oder die Lehre von der öffentlichrechtlichen Natur

[1]) *Motive 263.*

des Verwertungsaktes in der Zwangsversteigerung auszusprechen. Die Verweisung auf Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches wird man eher als einen Ausfluß des Bestrebens nach einer möglichst kurzen Sprache zu werten haben, zumal eine ähnliche Bestimmung auch bei Anerkenntnis der öffentlichrechtlichen Natur der Versteigerung hätte geschaffen werden müssen. Denn mag auch der Zuschlag ein originärer Eigentumsverschaffungsakt sein, so bringen es doch tatsächliche wirtschaftliche Verhältnisse und Erwägungen mit sich, daß der Ersteher sich mit dem Pächter oder Hypothekengläubiger, dessen Hypothek er übernommen hat, auseinandersetzen muß. Es entspricht einer wirtschaftlichen Erwägung, wenn der Pächter nicht mit dem Augenblick des Zuschlags sondern erst zu dem nächsten gesetzlichen Kündigungstermin aus dem Besitz der Pachtsache entsetzt werden darf. Diese Regelung entspricht volkswirtschaftlichen Gesichtspunkten, da sonst beispielsweise landwirtschaftliche Grundstücke unbewirtschaftet liegen bleiben und somit dem Volksganzen wertvolle Kräfte entzogen würden. Auch diese mehr einen Einzelcharakter tragenden Einwürfe gegen den hoheitsrechtlichen Charakter der Zwangsversteigerung lassen sich sämtlich entkräftigen.

§ 9.

B. Aus der Rechtsnatur der Zwangsversteigerung folgt, daß bürgerlichrechtliche Vorschriften keine Anwendung finden können.

Nachdem die bisherige Untersuchung den Zuschlag als einseitigen hoheitlichen Akt, der eine vorhergehende Willenserklärung eines Privatmannes voraussetzt, erkannt hat, kann jetzt auch an die Frage herangegangen werden, aus welchen Rechtsgebieten und unter welchen Gesichtspunkten anderweitige Vorschriften zur Ergänzung der Bestimmungen über die Veräußerung im Wege der Zwangsvollstreckung zu entnehmen sind.

Es wurde zu Anfang der Arbeit festgestellt, daß Vorschriften aus anderen Rechtsgebieten nur dann analoge Anwendung finden dürfen, wenn das Vorhandensein der rechtsähnlichen Lage, die die Voraussetzung jeder Analogie ist, bewiesen ist. Da nachgewiesen worden ist, daß der gesamte Zwangsvollstreckungs- insbesondere der Verwertungsakt dem öffentlichen Recht angehört, ist es ausgeschlossen, daß ausgesprochen bürgerlichrechtliche Vorschriften eine analoge Anwendung finden können. Denn das öffentliche Recht ist ein in sich selbst abgeschlossenes, durchaus selbständiges Rechtsgebiet, das dem bürgerlichen Recht gleichgeordnet ist und daher keine Ergänzung aus dem ihm wesensfremden bürgerlichen Recht verträgt. Steht infolge formaler Unvollkommenheit des öffentlichen

Rechts ein ausgebildetes Rechtsinstitut nicht zur Verfügung, so bleibt bei Schweigen des Gesetzes nichts anderes übrig, als die Lücken aus dem Gedankenkreis des öffentlichen Rechts zu ergänzen. Aufgabe des Richters muß es dabei sein, in ähnlicher Weise vorzugehen wie es bei der analogen Anwendung im Zivilrecht von ihm gefordert wird. Er muß aus verwandten Rechtsgebieten die abstrakten Rechtsgedanken entnehmen und prüfen, ob diese Gedanken in der Geltung auf das Rechtsinstitut, dem sie entlehnt sind, beschränkt oder Ausdruck allgemein gültiger Rechtsätze sind. Hier wird aber oft das Zivilrecht als die ältere und deswegen besonders vollkommene Disziplin juristischen Denkens besonders geeignet sein, ähnliche Normen zur Verfügung zu stellen. Bei Anwendung dieser Methode hat sich herausgestellt, daß eine große Anzahl wichtiger Rechtsinstitute dem öffentlichen Recht und dem Privatrecht gemeinsam sind. Es ist auf die historische Entwicklung zurückzuführen, daß diese Rechtsformen zuerst auf privatrechtlichem Boden ausgebildet worden sind. Daraus folgt aber keineswegs ihr ausschließlich privatrechtlicher Charakter. Der Vertrag ist beispielsweise einer der ersten und wichtigsten Erscheinungsformen privatrechtlichen Denkens. Er gilt in gleicher Weise als oberster Grundsatz des Völkerrechts: „Pacta sund servanda" und ist auch nach moderner Anschauung ebenso eine Rechtsform des Verwaltungsrechts. Dabei muß man sich aber stets vor Augen halten, daß Vorschriften des Zivilrechts im öffentlichen Recht nicht als bürgerlichrechtliche Anwendung finden, sondern nur der in ihnen zur Anwendung gebrachte allgemeine Rechtsgedanke als Teil des öffentlichen Rechts anwendbar ist.[1]) Der Übertragung dürfen nicht, was stets zu prüfen ist, öffentliche Belange entgegenstehen, und sie muß mit dem Grundgedanken des öffentlichen Rechts vereinbar sein.

II. Teil.

Zur Ausfüllung von Lücken sind die Grundsätze des öffentlichen Rechts heranzuziehen.

Nachdem sich die Anwendbarkeit der Vorschriften über den Kauf auf die Zwangsversteigerung als nicht statthaft erwiesen hat, wird es nun Aufgabe des folgenden Teiles sein, systematisch zu prüfen, welche Bestimmungen des bürgerlichen Rechts solche allgemein gültigen Rechtsgedanken in sich tragen, daß sie auch auf die dem öffentlichen Recht angehörende Veräußerung der Zwangsvollstreckung Anwendung finden können. Daß wir überhaupt noch

[1]) *Rechtsprechung RG. in Recht 1918 Spalte 211 RG. Warn. Ent. 1921 Nr. 1, 1917 Nr. 53, RGZ. 97, 44.*

einen Seitenblick auf die Art der Behandlung der Rechtsprobleme, die bei einer rechtsgeschäftlichen Veräußerung auftauchen, tun, darf nicht verwundern, trotzdem wir grundsätzlich nur öffentlichrechtliche Grundsätze zur Schließung der Lücken heranziehen. Bei der rechtsgeschäftlichen Veräußerung wie bei der im Wege der Zwangsvollstreckung taucht eine Reihe der gleichen Probleme auf. Eine Gegenüberstellung befruchtet die Untersuchung. Die Untersuchung gliedert sich nach den beiden in Frage kommenden Rechtskreisen

1. in die Rechtsbeziehungen zwischen Staat und Ersteher,
2. in die etwa denkbaren Rechtsbeziehungen zwischen Voreigentümer und Ersteher.

Daraus ergibt sich auch, daß die Vorschriften über die rechtsgeschäftliche Veräußerung, wie sie im BGB. in den §§ 441 ff. niedergelegt worden sind, daraufhin, ob sie über den Rechtskreis des bürgerlichen Rechts hinaus allgemein gültige Gedanken enthalten, vorteilhafter bei dem zweiten Kreis von denkbaren Rechtsbeziehungen untersucht werden, da ja nur als Verkäufer der Vollstreckungsschuldner in seiner Eigenschaft als Voreigentümer in Betracht käme.

§ 10.

A. Rechtskreis Staat-Ersteher.

I. 1. Wie sind Mängel der Willensbildung bei der Erklärung des Erstehers zu behandeln?

Über die Behandlung des Irrtums des Erstehers bei Abgabe des Gebots schweigt das Zwangsversteigerungsgesetz überhaupt, sodaß auch hier für allgemeine Auslegung Raum bleibt.

Da zwischen Staat und Ersteher in der Zwangsvollstreckung kein Vertrag zustande kommt sondern nur beim Zuschlag ein Staatshoheitsakt ergeht, der allerdings eine entsprechende Willenserklärung eines Bürgers voraussetzt, sind die allgemeinen Vertragsgrundsätze über die Behandlung des Irrtums bei der Willenserklärung, selbst soweit sie auch auf öffentlichrechtliche Verträge Anwendung finden, hier nur im geringen Umfang anwendbar, da eine Gleichwertigkeit der willensbildenden Träger nicht vorhanden ist.[1]) Dem entspricht es auch, wenn auf Mängel der Willensbildung des Erstehers weit weniger Rücksicht genommen wird als bei einem bürgerlichen Rechtsgeschäft. Es ist überhaupt ein kennzeichnendes Merkmal für Willenserklärungen, die dem Staate gegenüber abgegeben werden, daß diese in einem viel geringeren Maß der Anfechtung wegen Betruges oder Irrtum als gewöhnliche Willens-

[1]) *a. O. Nußbaum, Prozeßhandlungen 67 ff.*

erklärungen unterliegen. Die meisten Prozeßhandlungen sind unanfechtbar wie Einlegung von Rechtsmitteln, Rücknahme von Klagen, Zustimmungserklärungen eines Gläubigers zum Zwangsvergleich im Konkurse, im außergerichtlichen Zwangsvergleich, oder auch bürgerlichrechtliche Erklärungen, deren Abgabe für einen großen Kreis von Personen rechtliches Interesse hat, wie Gründung von Gesellschaften, Eintragungen von handelsrechtlichen Vorgängen in öffentliche Register, Zeichnungen von Gründungsaktien usw. usw. Allen diesen Bestimmungen über die Unanfechtbarkeit von Erklärungen, die den Staat oder die Öffentlichkeit angehen, liegt der Gedanke zu Grunde, daß die Allgemeinheit, die auf den Bestand der Erklärung vertraut, geschützt werden soll, in dem der Erklärende eine Willenserklärung auch so gegen sich gelten lassen muß, wie sie die Allgemeinheit auffassen mußte. Ob überhaupt eine Anfechtung auch bei wesentlichem Irrtum vor dem Zuschlag oder nach erfolgtem Zuschlag vor dessen Rechtskraft zulässig ist, könnte zweifelhaft sein, wenn man in Betracht zieht, daß es für Willenserklärungen, die die Allgemeinheit rechtlich interessieren, charakteristisch ist, daß sie unanfechtbar sind. Es ließe sich durchaus der Standpunkt vertreten, daß der Ersteher seine Willenserklärung so gegen sich gelten lassen muß, wie er sie abgegeben hat und diese nicht wegen Irrtums anfechten darf. Das Gesetz schützt im Wirtschaftsleben in allen Fällen, in denen eine Erklärung eine größere Anzahl von Personen rechtlich interessiert, die regelmäßige, erkennbare äußere Erscheinung und läßt die unter dem äußeren, erkennbaren Gewande verborgene abweichende Willensmeinung unberücksichtigt. Der Rechtsschein obsiegt oft über die Wirklichkeit.[2]) Die Anfechtbarkeit unter Ersetzung des Interesses, daß der Erklärungsempfänger an dem Bestande der Erklärung, so wie er sie auffassen mußte, hat, wird, wenn man von dem Zweiparteienverhältnis zu einem größeren Kreis von rechtlich Interessierten übergeht, ausgeschlossen.

Diese Erwägungen träfen auch wohl bei dem Gebot in der Zwangsversteigerung zu. Insbesondere dürfte die Zulässigkeit der Rücknahme einer Willenserklärung nach erfolgtem Zuschlag nicht bedenkenlos erscheinen, da ja der Meistbietende durch den Hoheitsakt im Zuschlag gewissermaßen auf seine Willenserklärung festgelegt ist, er die Wirkungen des staatshoheitlichen Aktes als überhaupt seiner Verfügungsmacht entzogen, nicht rückgängig machen kann. Wirtschaftliche Erwägungen sprechen aber auch wieder dafür, daß man eine Irrtumsanfechtung in beschränktem Umfange zuläßt. Wägt man die Gründe, die für und wider eine Irrtumsanfechtung sprechen,

[2]) *Vgl. Meyer Publizitätsprinzip S. 1 ff.*

ab, so kommt man doch dazu, eine Irrtumsanfechtung in beschränktem Umfang zuzulassen. Denn solange der Zuschlag noch nicht erteilt ist oder dieser noch nicht rechtskräftig ist, bedeutet es für die Allgemeinheit noch kein Unglück, wenn man dem Ersteher die Rücknahme seines irrtümlich abgegebenen Gebotes gestattet, denn bis zur Rechtskraft des Zuschlagsbeschlusses müssen die Beteiligten immer noch mit Änderungen der Rechtslage rechnen. Dem gegenüber wird für den Bieter die Zulässigkeit einer Zurücknahme des irrtümlich erfolgten Gebotes gewöhnlich von großer Wichtigkeit sein. Man wird sogar annehmen dürfen, daß es für den Staat, der die Gesamtheit der Interessen der Beteiligten vertritt, oft besser sein wird, wenn er den Bieter, der sich mit seinem Gebot übernommen hat, aus der Verbindlichkeit entläßt. Dies ist natürlich alles nur bis zur Rechtskraft des Zuschlagsbeschlusses möglich. Nach Rechtskraft des Beschlusses tritt sofort das höchstbedeutsame Interesse der Allgemeinheit in den Vordergrund, daß von diesem Augenblick an die Rechtsbeziehungen, wie sie im Zuschlagbeschluß festgelegt sind, auch unabänderlich bleiben.

Demgemäß ist ein Irrtum im Gegensatz zu der Bestimmung des § 124 BGB. nur beachtlich, wenn er bis zur Rechtskraft des Zuschlags geltend gemacht wird. Da nach § 87 ZVG. der Zuschlag spätestens innerhalb einer Woche nach dem Versteigerungstermin zu erteilen ist und die einwöchige Frist für die sofortige Beschwerde gegen einen Zuschlag mit Verkündung des Zuschlags beginnt §§ 98, 96 ZVG., kann ein Irrtum von Ersteher regelmäßig nur innerhalb von zwei Wochen nach Abgabe des Gebotes geltend gemacht werden. Die Anfechtung wegen Irrtum erfolgt vor Erteilung des Zuschlags durch Erklärung gegenüber dem Versteigerungsgericht, nach erfolgtem Zuschlag durch Einlegung der Beschwerde.

Wie muß nun überhaupt der Irrtum beschaffen sein, damit er zur Anfechtung berechtigt? Ein Irrtum im Beweggrunde, also ein Irrtum, der nicht den Abschluß des Vertrages selbst trifft und somit nicht zugleich Irrtum in der Erklärung oder über den Gegenstand ist, ist wie im bürgerlichen Recht unbeachtlich.[3]) Die Regelung, wie sie das bürgerliche Recht darüber getroffen hat, welche Arten von Irrtümern beachtlich sind, dürfte auch für das öffentliche Recht zu übernehmen sein. Denn es sind keine Gründe, insbesondere keine öffentlichrechtlichen Belange dafür ersichtlich, um im öffentlichen Recht die Beschaffenheit eines zur Anfechtung berechtigenden Irrtums anders als im bürgerlichen Recht aufzufassen. In An-

[3]) *RG. vom 5. 12. 11, Hess. Rechtspr. 13, 19 OLG. Dresden in OLG. 17, 355 dass. in sächs. Annalen. 29, 204, OLG. Düsseldorf Rhein-Arch. 107, 178.*

lehnung an die Regelung im bürgerlichen Recht wird man nur einen Irrtum über den Erklärungsinhalt, im Erklärungsakt und über wesentliche Sacheigenschaften als beachtlich ansehen. Die hier entwickelten Grundsätze finden sich in Übereinstimmung mit den zu dieser Frage ergangenen Entscheidungen. Das OLG. Posen [4]) hat die Irrtumsanfechtung in einem Falle, in welchem sich der Bieter versprochen hatte, als zulässig erklärt. Das OLG. Königsberg [4]) hatte eine Irrtumsanfechtung für statthaft erachtet, als ein Bieter irrtümlich glaubte, daß von seinem Gebot die noch stehen gebliebenen Hypotheken abzuziehen sind. Auch im Schrifttum [5]) wird die Zulässigkeit einer Irrtumsanfechtung bejaht, ohne daß aber zu der Frage Stellung genommen wird, in welcher Frist diese Anfechtung statthaft ist.

Daß Mangel der Ernstlichkeit oder geheimer Vorbehalt seitens des Erstehers bei Abgabe des Gebotes genau so wenig wie im bürgerlichen Recht Beachtung findet, bedarf erst keiner näheren Begründung.

Eine Anfechtung des Gebotes seitens des Erstehers wegen arglistiger Täuschung käme nur in Frage, wenn das Vollstreckungsorgan die Täuschung verübt oder gekannt hat oder hätte kennen müssen. Nach erfolgtem Zuschlag bis zu dessen Rechtskraft bleibt aber auch nur wie bei der Irrtumsanfechtung der Weg der Beschwerde zur Geltendmachung dieser Anfechtungsgründe, da der öffentlichrechtliche Akt, selbst wenn er gesetzwidrig ergangen sein sollte, solange zu Recht besteht, bis er aufgehoben ist. Nach Rechtskraft bleiben dem Ersteher einzig allein die allgemeinen Schadensersatzansprüche aus Art. 131 Reichsverfassung § 839 bürgerliches Gesetzbuch.

§ 11.

A. I. 2. Wie sind Mängel der Willensbildung bei der Erklärung des Staatsorgans zu behandeln?

Die Willensbildung des Staatsorgans, das den Zuschlag erteilt, steht unter den allgemeinen Vorschriften über Willensbildung, Auslegung und Ergänzung von Staatshoheitsakten. Eine Parallele läßt sich zwischen Zuschlag und Urteil ziehen, obwohl der Zuschlag heute zum Unterschiede gegenüber den früheren Landesgesetzen nicht mehr in Form eines Urteils, sondern in Beschlußform er-

[4]) *OLG. Posen in Seuff. Arch. 56, 337, OLG. Stettin in OLG. 4, 157, gleichfalls in OLG. 6, 438, OLG. Dresden 17, 355.*

[5]) *Peiser in Busch Zeitg. 31, 399, Lindemann in Groch. Beiträgen 48, 93, Schneider in Busch Zeitschr. 31, 287.*

geht.[1]) Hier wie dort wird der Inhalt der Erklärungen durch eine von der allgemeinen Lebenserfahrung getragenen Deutung des Wortlautes und Wortsinnes gefunden, auf die inneren Vorgänge der Willensbildung des handelnden Staatsorgans kommt es nicht an, sondern die Erklärung gilt so, wie sie die Allgemeinheit auffassen muß.[2]) Bei der Auslegung eines unklaren Zuschlagsbeschlusses ist also nicht danach zu forschen, was sich der Versteigerungsrichter bei Erlaß dieses Beschlusses gedacht hat, vielmehr ist der Zuschlag unter Berücksichtigung sämtlicher in den Versteigerungsverhandlungen zutage getretenen Umstände aus sich heraus auszulegen.

Fehler bei der Willensbildung des Staatsorgans haben grundsätzlich nicht die Nichtigkeit, sondern höchstens eine Anfechtbarkeit zur Folge. Mit Recht hat schon Kormann[3]), zustimmend auch Jaschkowitz[4]), darauf hingewiesen, daß es ein allgemeiner Grundsatz ist, daß die Nichtigkeit im öffentlichen Recht viel seltener und ungewöhnlicher als im Privatrecht ist. Denn hinter jedem Staatshoheitsakt steht die Staatsgewalt, deren Handlungen, selbst wenn sie nicht gesetzmäßig, also mit Mängeln behaftet, ergangen sein sollten, zum Unterschiede zu denen des Privatmannes nicht einfach unbeachtet gelassen werden dürfen, sondern nur durch Rechtsmittel aus der Welt geschaffen werden können. Der Staatshoheitsakt bezeugt sich selbst als rechtmäßig, hinter ihm steht die Staatsgewalt, er leitet seine Geltung und seine Wirkung aus sich selbst her, nicht aber wie das bürgerliche Rechtsgeschäft aus dem sich in dem Rahmen des Gesetzes bildenden Vereinbarungen zweier sich gleichgeordneter Parteien. Solche Willenserklärungen des Staates befinden sich in einem rechtlichen Schwebezustand. Sie werden zum Unterschiede zu denen im Privatrecht nicht auf die bloße Anfechtungserklärung des Betroffenen unwirksam, sondern die Behörde hat nur die Pflicht, diesen Staatshoheitsakt aufzuheben. Bei solchen Staatshoheitsakten, soweit sie anfechtbar sind oder wegen Gesetzwidrigkeit von der Behörde, von der sie erlassen worden sind, widerrufen oder von Seiten der Betroffenen angefochten werden können, tritt oft eine Heilung des anfänglich mit Mängel behafteten Aktes, insbesondere durch Ablauf von Zeit, nämlich durch Verstreichen der Anfechtungsfrist ein. So ist grundsätzlich nach Ablauf der Beschwerdefrist die Geltendmachung etwaiger Mängel des Verfahrens, — es ist beispielsweise keine volle

[1]) *vgl. Motive S. 117, Preußen AGO. §§ 52, 58, Subhastationsordnung v. 15. März 1869, 4. März 1879 § 9.*

[2]) *Danz 6 ff., Bülow 115 ff., Stein-Jonas § 594 S. 121.*

[3]) *Kormann S. 217.*

[4]) *Jaschkowitz S. 350 a. A., Herrnritt S. 248.*

Stunde zur Abgabe von Geboten gewährt worden, — ausgeschlossen. Sind Versehen des Staatsorgans bei der Willensbildung vorgekommen, so ist gleichwohl eine Rücknahme des eigenen Beschlusses nicht möglich, vielmehr steht nur den an der Zwangsversteigerung Beteiligten das Recht der Beschwerde zu, und nur von der höheren Instanz, und auch nur dann, wenn die Beschwerdefrist gewahrt ist, kann der fälschlich ergangene Zuschlag aufgehoben werden. Es sei hier besonders auf die rechtsähnliche Lage bei irrtümlichem Erlaß eines Urteils hingewiesen. Beim Urteil kann der Richter das eigene irrtümliche Erkenntnis nicht von sich aus beseitigen. Gemäß § 318 ZPO. ist der Richter an seine Entscheidung gebunden. Die Abänderungs- und Ergänzungsmöglichkeiten gemäß §§ 319, 320, 321 ZPO. lassen eine Zurücknahme der irrtümlich erfolgten, im Urteilstenor niedergelegten Erklärung des Willens des Richters nicht zu. Es geht nicht an, daß der Richter im Abänderungsverfahren seinem Urteil einen anderen Sinn unterschiebt, als er ihm geben wollte und gegeben zu haben glaubte, als er es verkündete. Ein Urteil, das der Richter nach seiner Verkündung als falsch erkannt hat, kann er nicht mehr beseitigen. Dies kann nur dadurch geschehen, daß der durch das Urteil Beschwerte durch Einlegung von Rechtsmitteln und auch nur innerhalb der hierfür bestimmten Frist dieses vorinstanzliche Urteil beseitigt. Bezüglich des Zuschlags hat das Gleiche zu gelten. Ein irrtümlich erfolgter Zuschlag, sofern er überhaupt ergehen durfte, kann von jedem an dem Verfahren Beteiligten im Beschwerdewege beseitigt werden. Denn in allen diesen Fällen, in denen überhaupt ein beachtlicher Irrtum vorliegt, wird gleichzeitig der dem Versteigerungsverfahren zu Grunde liegende Rechtssatz, daß der Richter auf eine möglichst günstige Verwertung des beschlagnahmten Grundstücks zu achten hat, ein Rechtssatz, der beispielsweise in der Bestimmung zu Tage tritt, daß dem Meistbietenden der Zuschlag zu erteilen ist § 81 ZVG., verletzt sein. Anders dürfte es aber sein, wenn der Zuschlag vom Ersteher durch unlautere Mittel erschlichen worden ist. Man denke beispielsweise an den Fall, daß ein Ausländer in Hamburg während der Nachkriegszeit durch Vorspiegelung deutscher Staatsangehörigkeit ein Grundstück ersteigert hatte, obwohl auf Grund eines Hamburgischen Gesetzes der Erwerb von Grundstücken Ausländern ausdrücklich verboten war. In diesem Ausnahmefall ist meiner Ansicht nach dem Vollstreckungsgericht zu gestatten, seinen Zuschlag zurückzunehmen und zwar auch noch nach Ablauf der Beschwerdefrist. In der Verwaltungsrechtssprechung wie auch in der Gesetzgebung einzelner Länder ist ein Widerruf von Verwaltungsakten, die auf Grund unrichtiger Nachweise oder Angaben ergangen sind, als zulässig anerkannt. Hier sei hauptsächlich an die

Rücknahme polizeilicher Erlaubnisse wie Baukonsens oder an den Widerruf einer Beamtenernennung, die auf Grund gefälschter Zeugnisse erfolgt ist, erinnert.

Da der Zuschlagsbeschluß als öffentlichrechtlicher Akt eine innere Selbständigkeit hat und nicht das Ergebnis von Vertragsverhandlungen ist, ergibt sich mit zwingender Notwendigkeit, daß, wenn der Zuschlagsbeschluß über die Versteigerungsbedingungen völlig schweigt, nur die gesetzlichen Bedingungen maßgebend sind, nicht aber wie Wolff[5]) und Rothenberg und das OLG. Kiel wollen, daß dann der Vertragswille der Partei entscheidend sei, also was hauptsächlich in den Vorbesprechungen erörtert wurde. Mit Recht stellt das Reichsgericht[6]) fest, nachdem es den öffentlichrechtlichen Charakter des Zuschlags bejaht hat:

> „Ist der Zuschlag ein selbständiger Akt der richterlichen Gewalt, so muß er auch selbst die Bedingungen ergeben, unter denen er erteilt ist."

Auf Vorverhandlungen darf nur dann im Wege der Ergänzung und Auslegung zurückgegriffen werden, wenn diese dadurch, daß der Zuschlagsbeschluß auf sie Bezug nimmt, gewissermaßen Bestandteil des Zuschlagsbeschlusses geworden sind.[7])

§ 12.

A. II. Wie ist die Rechtslage, wenn der Staatshoheitsakt ohne die entsprechende Willenserklärung des Privatmannes ergeht?

Größere Schwierigkeiten ergeben sich, wenn der Staatshoheitsakt im Zuschlag ergeht, ohne daß eine entsprechende Willensbetätigung des Erstehers vorliegt. Dieser Fall kann sich einmal dann ereignen, wenn der Richter infolge Namensverwechslung das Grundstück einer sich überhaupt nicht um den Zuschlag bewerbenden Person zuschlägt, oder wenn der sich Bewerbende wegen Geisteskrankheit oder Minderjährigkeit nicht oder nur beschränkt geschäftsfähig ist. In diesen Fällen geht dem Staatshoheitsakt überhaupt keine oder wenigstens keine rechtlich beachtliche Willenserklärung eines Privatmannes voraus.

Nach Ansicht von Kormann,[1]) Otto Meyer bewirkt der Mangel

[5]) *Wolff Kom. ZVG. § 82 Anm. 4, Rothenberg Arch. Ziv. Prax. 94, 276, OLG. Kiel in OLG. 9, 375.*

[6]) *RGZ. 60, 48.*

[7]) *wie hier RGZ. 60, 48, Fischer-Schäfer Anm. 2 e, Reinhard-Müller Anm. III 4.*

[1]) *Kormann S. 272, Otto Meyer III Aufl. I 98, II 148.*

der Zustimmung, wenn ein Verwaltungsakt nur mit Zustimmung des Betroffenen ergehen darf, gleichwohl keine Nichtigkeit. Die Ansicht von Kormann auf den Justizhoheitsakt im Zuschlag übertragen, bedeutet, daß derjenige, den der Zuschlagsbeschluß als Eigentümer treffen will, ohne, selbst gegen seinen Willen Eigentümer wird. Nach dieser Ansicht trifft der Zuschlagsbeschluß nicht ins Leere, denn er will ja die darin bezeichnete Person zum Eigentümer machen. Dieser Staatsakt falle nicht etwa in sich zusammen, wie ein nicht zur Annahme gekommener Antrag, vielmehr müsse er, um vernichtet zu werden, durch den Betroffenen angefochten werden. Demgegenüber ist aber mit Walter Jellinek [2]) und auch der Rechtssprechung darauf hinzuweisen, daß gerade bei den mitwirkungsbedingten Staatsakten die Bedingung der Zustimmung des Betroffenen eine so wesentliche ist, daß dieser Akt nur unter diesen Bedingungen ergehen k a n n. Ergeht er ohne diese Voraussetzungen, so ist er als nicht bestehend zu betrachten, nicht erst widerruflich oder anfechtbar. Gerade in dieser Richtung sind bezüglich der Aufnahme in oder des Ausscheidens aus dem Beamtenverhältnis oder dem Staatsverband wichtige bestätigende Entscheidungen [3]) ergangen. Mangelnde Zustimmungserklärung macht den Staatshoheitsakt nichtig. Auch das Reichsgericht kann zur Unterstützung unserer Ansicht herangezogen werden. Das Reichsgericht hat entschieden, daß ein Minderjähriger, der ohne Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters in die Reichswehr eingetreten ist, trotz Beamtenernennung nicht Beamter geworden ist, da es an einer beachtlichen Bereitwilligkeitserklärung fehlte. Auch Entlassungen aus dem Staatsverbande ohne Antrag des Betroffenen wurden in Württemberg wie in Österreich als unwirksam angesehen.[4]) Als geltendes Recht ist besonders auf die Thüringische Landesverwaltungsordnung vom 6. Iuni 1926 hinzuweisen, in der im § 142 Abs. 2 ausdrücklich gesagt wird, daß bei staatlichen Verwaltungsakten eine antragsbedürftige Verfügung nach Zurückweisung des Antrags nur auf erneuten Antrag ergehen darf, ohne diesen nichtig ist.

Die entgegenstehende Ansicht von Kormann, daß auch mitwirkungsbedingte Staatshoheitsakte trotz fehlender Zustimmung des Betroffenen bis zu ihrer Aufhebung rechtsgültig sind, ist im modernen Rechtsstaat nicht mehr haltbar. Wie auch das Reichs-

---

[2]) *Jellinek S. 245, 273.*

[3]) *OVG. Bd. 78, 251, OLG. Karlsruhe, Badische Rechtspraxis 1922 S. 25, RG. in RGSt. 56, 19.*

[4]) *Erlaß des Württ. Min. d. Innern Reger Entsch. 17, 218, Öster. VGH. in Budwinkis Samml. 1908 S. 79, letzteres Zitat aus Tezner, Das öster. Admin. Verf.*

gericht[5]) andeutet, hat der Kormann'sche Satz insoweit im modernen Rechtsstaat eine Einschränkung zu finden, als infolge des Grundsatzes der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung der früher freien Befehlsgewalt des Staates Grenzen gesetzt sind. In dem unbeschränkten Sinne, wie Kormann es will, gilt dieser Satz hinsichtlich Staatshoheitsakten nur im Polizeistaat: sic volo, sic jubeo.

Diese allgemeinen Rechtserwägungen, inwieweit die Gültigkeit und Wirksamkeit von zustimmungsbedürftigen Staatshoheitsakten von dem tatsächlichen Vorhandensein dieser Zustimmung abhängt, lassen sich auch unmittelbar auf den Zuschlag übertragen. Fehlt es an einer rechtlich beachtlichen Willenserklärung des Erstehers, so ist auch der Zuschlag nichtig. Rechtlich unbeachtlich ist aber die Willenserklärung des Bieters dann, wenn er nach den Bestimmungen des bürgerlichen Rechts nicht oder doch nur beschränkt geschäftsfähig ist.

Die Bestimmungen des bürgerlichen Rechts über Geschäftsfähigkeit von Personen lassen sich auch im öffentlichen Recht anwenden. Der Personenkreis, denen das bürgerliche Recht nicht den vollen Besitz der Geschäftsfähigkeit zuerkennt, und die nach der Erfahrung des Lebens nicht die notwendige Einsicht oder die nötige Reife besitzen, um die Bedeutung eines Rechtsgeschäfts in all' seinem Umfang und allen seinen Folgen zu erkennen, ist auch derselbe im öffentlichen Recht und hier wie dort muß der Gesetzgeber die gleichen Erwägungen anstellen, um solche Kreise vor unwirtschaftlichen und törichten Handlungen zu schützen; er unternimmt dies, indem er ihnen die Berechtigung aberkennt, rechtswirksame Verpflichtungen einzugehen. Ein Zuschlag an einen Beschränktgeschäftsfähigen oder Nichtgeschäftsfähigen ist deshalb nichtig, ohne daß erst die Mangelhaftigkeit des Staatsaktes durch Anfechtung geltend gemacht zu werden braucht.

Der Inhalt der Rechtsbeziehungen zwischen Staat und Ersteher wird negativ dadurch gekennzeichnet, daß die aus dem Zuschlag sich ergebenden Leistungen nicht in einem synallagmatischen Abhängigkeitsverhältnis zueinanderstehen, d. h. die Leistung des Erstehers hinsichtlich der Zahlung nicht in einem wechselseitigen Abhängigkeitsverhältnis zu dem durch den Staatshoheitsakt begründeten Recht des Erstehers steht.

Der Meistbietende hat ein Recht auf den Zuschlag § 81, 97 ZVG. Aus diesem Recht ergibt sich aber nicht, daß, wenn das Gericht aus irgend einem Grunde die Erteilung des Zuschlags versagt, es hierdurch in Verzug kommt. Das Recht des Meist-

[5]) *RG. in JW. 1928, S. 2454, Unwirksamkeit einer gesetzl. unstatthaften Anstellung.*

bietenden ist vielmehr nur so zu verstehen, daß, wenn der Zuschlag überhaupt erteilt wird, dann der Zuschlag dem Meistbietenden gebührt. Dies erkennen auch die Motive an:

> „Das Recht des Meistbietenden besteht daher nur in den Grenzen, welche aus den besonderen Rechten der Beteiligten sich ergeben. Es fällt fort, wenn z. B. der Versteigerungsantrag zurückgenommen oder das Verfahren einstweilig eingestellt wird."

Der Staat kann demnach dem Ersteher gegenüber nicht in Verzug kommen, denn auf Vornahme des Staatshoheitsaktes hat der Meistbietende kein subjektives öffentliches Recht. Der Staat ist es sich durch Schaffung der Rechtsordnung sowie Anerkennung und Unterwerfung unter seine Rechtsordnung als Staat im neuzeitlichen staatsrechtlichen Sinne — Gegensatz Polizeistaat — schuldig, bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzung den Zuschlag zu erteilen.

§ 13.

A. III. Finden die Vorschriften des Bürgerlichen Rechts über den Eigentumserwerb auf Grund guten Glaubens auf den Ersteher Anwendung?

Bei der Untersuchung, inwieweit Rechtsinstitute, die im bürgerlichen Recht ihre Regelung gefunden haben, denen aber über den Rechtskreis des BGB. hinaus Bedeutung zukommen kann, zur Ergänzung von Lücken im Zwangsversteigerungsrecht herangezogen werden dürfen, tritt als weitere ungelöste Frage die Behandelung des bösen Glaubens des Erstehers zu Tage, falls ihm ein Grundstück zugeschlagen wird, das nicht dem Vollstreckungsschuldner gehört.

Bei beweglichen Sachen schützt der Gesetzgeber im bürgerlichen Recht einen Erwerber dann, wenn er gutgläubig von einem sich im Besitze der Sache befindlichen Veräußerer diese erwirbt. Bei unbeweglichen Sachen kann ein Erwerber auf Grund des Schutzes des guten Glaubens dann Eigentum erwerben, wenn er das Grundstück gutgläubig von einem im Grundbuch eingetragenen Veräußerer erwirbt. Im Interesse der Sicherheit des Rechtsverkehrs hat der Gesetzgeber den Eigentumserwerb auf Grund guten Glaubens zugelassen. Der Besitz einer Sache oder die Grundbucheintragung weist den Veräußerer im Rechtsverkehr als Eigentümer aus. Es liegt in der Hand des wahren Eigentümers durch Anvertrauung des Besitzers nur an Besitzwürdige oder durch Herbeiführung einer den tatsächlichen Eigentumsverhältnissen entsprechenden Grundbucheintragung die in der Publizitätswirkung des Besitzes oder des Grundbuchs beruhenden Gefahren zu beseitigen. „Wo Du den

guten Glauben gelassen hast, dort mußt Du ihn suchen". Auf Grund des guten Glaubens des Erwerbes wird der durch den Besitz oder die Grundbucheintragung erzeugte Rechtsschein zur Rechtswirklichkeit.[1]) Anders liegen die Rechtsverhältnisse beim Zuschlag. Der Zuschlag ergeht als Staatshoheitsakt. In dem Zuschlagsbeschluß spiegelt sich der alte Rechtsetzungsgedanke und Wille des Staates wieder. In diesem Einzelfalle vollzieht das Staatsorgan eine sonst schon gewöhnlich vor langen Zeiten abgeschlossene Tätigkeit, indem es anordnet, daß nunmehr das Grundstück Eigentum des Meistbietenden sein soll. Sonst sind die Rechtsgüter schon längst verteilt und Eigentum wird meist nur noch derivativ übertragen. Eine ähnliche ursprüngliches Eigentum begründende Tätigkeit haben wir etwa in der Grenzfestsetzungsklage, bei der die Richter auch kraft Hoheitsrecht anordnet, daß das Grundeigentum an der strittigen Fläche nunmehr dem einen der beiden Nachbarn gehören soll. Die rechtssetzende Kraft des Zuschlagsbeschlusses betonen schon die Gesetzesmotive, indem sie darauf hinweisen, daß der Ersteher Eigentümer des Grundstücks wird, selbst wenn der Schuldner es nicht war. So ist es auch zu erklären, daß die Vorschriften des bürgerlichen Rechts über den Eigentumserwerb auf Grund guten Glaubens keine Anwendung finden können. Im bürgerlichen Verkehr wußte der Staat sehr wohl, warum er einen Eigentumserwerb auf Grund guten Glaubens von dem besitzenden Nichtberechtigten zuließ und den bösgläubigen Erwerber hiervon ausschloß. Der gutgläubige Erwerber sollte aus Gründen der Sicherheit des Rechtsverkehrs geschützt werden und Eigentum erwerben, weil er an die Verfügungsgewalt des anderen, der durch den Besitz scheinbar als Berechtigter ausgewiesen war, glaubte. Diese Vorschriften gelten aber allgemein nur für den aus der Rechtsstellung eines Dritten abgeleiteten Eigentumserwerb. Anders verhält es sich aber im vorliegenden Falle. Hier handelt es sich um keinen abgeleiteten Erwerb aus der Rechtsstellung eines Anderen heraus, sodaß demgemäß bei der Versteigerung für den Eigentumserwerb des Erstehers eine Kenntnis, daß das versteigerte Grundstück einem anderen als dem Vollstreckungsschuldner gehört, überhaupt keine Bedeutung haben kann. Der böse Glaube ist also hier einflußlos. Schlägt der Staat kraft Hoheitsrechts einer Person das Eigentum zu, so kommt es auf deren guten oder bösen Glauben nicht an, da der Staat die Berechtigung zu der Verfügung nicht aus seinem Besitz, sondern aus seinem Staatshoheitswillen herleitet. Der Staat will, daß der Ersteher Eigentümer werde, und das genügt. Durch den Hoheitswillen des Staates werden die

[1]) *vgl. auch Meyer Publizitätsprinzip 1 ff., 77 ff.*

Rechtsbeziehungen geschaffen. Lediglich durch seinen Machtspruch vollzieht sich die Rechtsänderung.

B. Rechtskreis Voreigentümer-Ersteher.

§ 14.

I. Bestehen zwischen Voreigentümer und Ersteher Rechtsbeziehungen, insbesondere Bereicherungs-, Ersatz-, Ausgleichsansprüche?

Ein zweiter Kreis von Rechtsbeziehungen ist zwischen Ersteher und Voreigentümer denkbar. Eine frühere Lehre hatte den Voreigentümer (Vollstreckungsschuldner) als Verkäufer und den Ersteher als Käufer betrachtet. Daß dieser Ansicht nicht beizustimmen ist, wurde oben dargelegt. In das Verhältnis zwischen Voreigentümer und Ersteher schiebt sich vielmehr beim Vollstreckungsverfahren der Staat ein und läßt nur Beziehungen zwischen sich und dem Voreigentümer einerseits, und sich und dem Ersteher anderseits erstehen, schafft also zwei scharf voneinander zu trennende Rechtskreise. Kraft hoheitlichen Aktes, also ursprünglich, erwirbt der Ersteher das Eigentum, nicht aber derivativ, weil er sein Eigentum nicht durch Rechtsgeschäft von dem Voreigentümer ableitet. Daraus ergibt sich, daß zwischen Ersteher und Voreigentümer grundsätzlich keinerlei Rechtsbeziehungen bestehen. Der Ersteher ist nicht Rechtsnachfolger des Vollstreckungsschuldners.

Aus dieser Tatsache folgt, daß der Ersteher nie auf Kosten eines Dritten, sei es des Voreigentümers oder sonst eines Berechtigten, bereichert werden kann. Insbesondere ist der Ersteher vor allen Bereicherungsansprüchen sicher, die sich daraus ergeben können, daß ihm ein dem Vollstreckungsschuldner nicht gehöriges Grundstück oder fremdes Zubehör zugeschlagen wird. Denn die Voraussetzung für die Entstehung aller Bereicherungsansprüche: das Erlangen einer Leistung o h n e r e c h t l i c h e n G r u n d oder die Verfügung eines Nichtberechtigten, die dem Berechtigten gegenüber wirksam ist, kann nie in der Person des Erstehers oder des Staates eintreten. Der Eigentumserwerb des Erstehers findet seinen Rechtsgrund in dem Staatshoheitsakt des Staates, d. h. in der rechtssetzenden Tätigkeit des Staates, wie sie sich im Zuschlag auswirkt. Aus dem Grunde läßt sich auch nicht etwa sagen, daß der Staat als Nichtberechtigter in der Zwangsvollstreckung über fremdes Eigentum verfügt, vielmehr liegt der Rechtsgrund und die Befugnis des Staates zur Verfügung über das Eigentum seiner Untertanen in der Staatshoheitsgewalt begründet.

Auch bei der Zwangsvollstreckung in bewegliche Sachen ist es

anerkannt, daß dem wahren Eigentümer der Vollstreckungsgegenstände, der die Widerspruchsklage gemäß § 771 ZPO. versäumt hat, keinerlei Ansprüche gegen den Erwerber der Sache zustehen.[1]) Bereicherungsansprüche gegen den Erwerber scheiden aus, da der Erwerb seinen Rechtsgrund in dem Staatshoheitsakt findet. Eigentumsansprüche sowie sonstige dingliche Rechte sind deshalb nicht gegeben, weil der Ersteher durch den Staatshoheitsakt das Eigentum originär und lastenfrei erwirbt.[2]) Zu der Streitfrage,[3]) ob einem Voreigentümer gegen den die Zwangsvollstreckung unrechtmäßig betreibenden Gläubiger, falls dieser beispielsweise ein dem Vollstreckungsschuldner nicht gehöriges Grundstück versteigern ließ, Bereicherungsansprüche zustehen, erübrigt sich hier eine Stellungnahme, da nur die Rechtsbeziehungen zwischen Ersteher, Staat und Vollstreckungsschuldner hier untersucht werden, nicht aber diejenigen zwischen Vollstreckungsschuldner (Voreigentümer) und dem betreibenden Gläubiger.

Es sind Fälle denkbar, in welchen Rechtsansprüche zwischen Vollstreckungsschuldner und Ersteher entstehen können. Diese Ansprüche bestehen aber dann nicht, wie das Reichsgericht[4]) annimmt, deshalb, weil der Ersteher in diesen besonderen Fällen ausnahmsweise als Rechtsnachfolger des Vollstreckungsschuldners anzusehen ist. Ein solcher Fall kann eintreten, wenn der Ersteher bei der Versteigerung eine Hypothek übernommen hat, der Hypothekengläubiger die Genehmigung zur Schuldübernahme nicht erteilte und der Vollstreckungsschuldner nunmehr der Gläubiger befriedigte. In diesem Falle ist dem Vollstreckungsschuldner als Ersatzanspruch die Hypothek an dem Grundstück zu gewähren. Der Grund dafür, daß dem Vollstreckungsschuldner gleichwohl ein Ersatzanspruch gegen den Ersteher zu gewähren ist, liegt nicht darin, daß der Ersteher, wie das Reichsgericht[5]) behauptet, wenigstens im Sinne dieser Vorschriften derivativ erwerbe, sondern darin, weil in diesen Vorschriften ein Rechtsgrundsatz ausgesprochen ist, der über das Geltungsgebiet des bürgerlichen Rechts hinaus Bedeutung besitzt. Wie Turnau-Förster[6]) angeben, sind die Vorschriften der §§ 1164,

[1]) *Für viele Stein-Jonas § 771 S. 592 VII 4, Posen, Seuffert Arch. 56, 353, Neumann, DJZ. 1901 S. 10 ff.*

[2]) *Stein-Jonas a. a. O.*

[3]) *Bereicherungsansprüche bejahen Stein-Jonas a. a. O., RG. Gruchot 50, 393, 53, 1045, a. M., Freund 30 ff., Oertmann 41 ff., Müller.*

[4]) *RGZ. 89, 77.*

[5]) *RGZ. 89, 77.*

[6]) *Turnau-Förster 4. Aufl. L S 926.*

1165 in das BGB. aufgenommen worden, um den Interessen des Schuldners gerecht zu werden, da es ein unbilliges Ergebnis wäre, wenn der Käufer, der einen um den Wert der Hypothek verminderten Kaufpreis tatsächlich erlegen mußte, plötzlich um diesen Wert bereichert werden sollte, obgleich der Gläubiger durch die Zahlung des persönlichen Schuldners befriedigt ist. Es ist aber nun kein Rechtsgrund ersichtlich, warum diese Vorschrift nur auf freiwillige Veräußerungen, nicht aber auch auf die Veräußerung in der Zwangsversteigerung Anwendung finden soll. Die Schutzbedürftigkeit des Voreigentümers ist in beiden Fällen gleich groß. Man darf auch nicht etwa sagen, daß hier ein verschleierter Bereicherungsanspruch geltend gemacht werde, vielmehr ist ja gerade die Hypothekenübernahme bei der Feststellung des Bargebotes berücksichtigt worden. Insbesondere ist aber auch zu beachten, daß durch den § 53 ZVG. anerkannt ist, daß diese Vorschriftengruppe Bedeutung über den Rechtskreis des BGB. hinaus haben soll, indem durch diese Gesetzesbestimmung angeordnet wird, daß für den Fall, daß eine Hypothek stehen bleibt und übernommen wird, die Vorschrift des § 416 BGB. Anwendung findet und daß der Vollstreckungsschuldner als Veräußerer im Sinne dieser Vorschriften anzusehen ist.

Ein Ersatzrecht für Aufwendungen seitens des Vollstreckungsschuldners, die nach Abgabe des Gebotes bis zur Erteilung des Zuschlags erfolgt sind, besteht gleichfalls nicht, da der Ersteher kraft hoheitlichen Anspruches das Grundstück so erwirbt, wie es sich im Augenblick des Zuschlags befand und einzig allein unter diesen Bedingungen, die der Zuschlagsbeschluß aufgestellt hat. Genauso wie eine ungerechtfertigte Bereicherung auf Kosten des Voreigentümers nicht vorliegen kann, so können auch Aufwendungsansprüche seitens des Vollstreckungsschuldners für vor dem Zuschlag gemachte Aufwendungen nicht geltend gemacht werden, Ansprüche, die letzten Endes doch ähnlichen Rechtscharakter wie Bereicherungsansprüche tragen würden, die gegen den Ersteher gleichfalls nicht gegeben sind. Nach dem Zuschlag gemachte Verwendungen können selbstverständlich unter dem Gesichtspunkt der Bereicherung oder der Geschäftsführung ohne Auftrag ersetzt verlangt werden. Der Erstehungsgrund dieser Rechtsbeziehungen liegt ja nicht in dem Zuschlag sondern in später erfolgten Fürsorgehandlungen für nunmehr schon fremdes Eigentum.

Da der Ersteher nicht Rechtsnachfolger des Voreigentümers ist, ergibt sich auch, daß die Zeit der Voreigentümer eine fremde bewegliche Sache besessen hat, dem Ersteher nicht als Besitzzeit für seine Ersitzung zugute kommt, vielmehr in seiner Person die Ersitzung von neuem beginnen muß. Eine accessio temporis zu Gunsten des Erstehers kommt also nicht in Frage, da es an einer

Rechtsnachfolge mangelt. Diese Rechtsfrage kann überhaupt nur Bedeutung gewinnen, wenn sich auf dem zugeschlagenen Grundstück fremde Sachen befinden, die nicht Zubehör sind. Denn fremdes, dem Vollstreckungsschuldner nicht gehöriges Zubehör, geht ja gemäß § 55 ZVG. durch den Zuschlag in das Eigentum des Erstehers über.

Daraus, daß der Voreigentümer und Ersteher nicht in dem Verhältnis von Rechtsvorgänger zum Rechtsnachfolger stehen, ergibt sich auch, daß die für dieses Verhältnis eigentümlichen Gewährleistungsansprüche wie auch die Regelung der Gefahr-Lastentragung und Nutznießung sowie die Unmöglichkeit der Leistung selbständig für das Zwangsverfahren ergehen muß, um nicht den inneren Aufbau des Gesetzes zu stören. § 56 ZVG. Der Zuschlag ist es, an den das Gesetz den Eigentumserwerb knüpft. Der Zuschlag ist als Scheidepunkt anzusehen, was vor ihm liegt, trifft den Eigentümer, was nach seinem Ergehen geschieht, den Ersteher. Diese Regelung erklärt sich auch von selbst aus dem Wesen der Zwangsversteigerung insbesondere des Zuschlags. Hier im Gegensatz zu dem bürgerlichen Rechte kennen wir nicht eine Anbahnung der Eigentumsübertragung durch Verhandlungen, aus denen sich einmal erst der schuldrechtliche Anspruch auf Übereignung ergibt und alle Rechtsbeziehungen im schuldrechtlichen Vertrage in ihrem vollen Umfang begründet sind, während dann gewöhnlich geraume Zeit später das dingliche Geschäft nachfolgt, bis zu dessen Ergehen Zwischenfälle eingetreten sein können, die wiederum eine Änderung der Rechtsbeziehungen und Ansprüche mit sich bringen. Der Eigentumsverschaffungsanspruch hat also dort gewöhnlich einen längeren Ablauf. Im Gegensatz dazu drängt sich dieser Vorgang im Zwangsversteigerungsverfahren in einem Augenblick zusammen. Entstehung des Übereignungsanspruchs und dingliche Erfüllung fallen in einem Akt zusammen, wenn bei dem etwas volkstümlichen Vergleich von dem Vorgang der Eigentumsverschaffung im bürgerlichen Recht als von einem Bewegungsvorgang geredet werden darf, der verschiedene Stadien durchläuft, so ist die Eigentumsverschaffung bei dem Zuschlag einem plötzlichen Überspringen von einem Rechtskreis in einen anderen zu vergleichen wobei die Veränderungsbewegung unendlich klein ist. Alle Rechtsbeziehungen werden erst im Zuschlag begründet und auch schon im gleichen Augenblick erfolgt die Übereignung des Grundstücks. Aus dem Grunde trifft hier sehr mit Recht der Satz zu „casum sentit dominus". In wessen Eigentumszeit das schädigende oder nutzbringende Ereignis eingetreten ist, dem ist es auch zu leide oder zu gute zu rechnen. [7])

[7]) *Die Regelung, daß die Gefahr des zufälligen Untergangs hinsichtlich des Zubehörs schon mit dem Schluß der Versteigerung auf*

§ 15.

B. III. Wie sind Verschlechterung, völliger oder teilweiser Untergang des Grundstücks, die in der Zeit zwischen Abgabe des Gebotes und Verkündung des Zuschlags eintreten, zu behandeln?

Es wurde schon darauf hingewiesen, daß die sich aus dem Zuschlag ergebenden Verpflichtungen nicht in einem synallagmatischen Abhängigkeitsverhältnis zueinander stehen.[1]) Der Schwerpunkt des zusammengesetzten Willensaktes, der einmal als Bereitwilligkeitserklärung des Bieters in der Abgabe des Gebotes und dann in dem Zuschlag als Staatshoheitsakt des Staates ergeht, und in welchem sich auch gleichzeitig die dingliche Erfüllung vollzieht, liegt nicht in dem Gebot, sondern einzig allein in dem Zuschlagsbeschluß. Die Untersuchung kann auf den schon behandelten Mehrwert der Willenserklärung des Staates verweisen. Hieraus erklärt es sich, daß die Lehre von der Unmöglichkeit, wie sie im bürgerlichen Recht Form und Gestaltung gefunden hat, keine Anwendung finden kann. Von einem Unmöglichwerden der Leistung sollte man nur in einem Vertragsverhältnis sprechen und gerade dies liegt hier nicht vor. Im Gegensatz zum Eigentumsverschaffungsvorgang im bürgerlichen Recht, der sich oft über längere Zeit erstreckt, werden beim Zuschlag in einem Akte Rechtsbeziehungen begründet und erfüllt. Der Zuschlag allein ist der rechtserhebliche Akt, dem gegenüber die Abgabe des Gebotes eine untergeordnete Rolle spielt. Gleichwohl können zwischen Abgabe des Gebotes und Verkündung des Zuschlags, die gemäß § 87 ZVG. um eine Woche voneinander getrennt liegen können, mannigfache Ereignisse das Grundstück treffen. Zu wessen Lasten gehen Verschlechterung, völliger oder teilweiser Untergang des Grundstücks, die innerhalb dieser Frist eintreten? Daß eine Anfechtung wegen Irrtums seitens des Erstehers nicht Platz greifen kann, geht schon aus dem Umstande hervor, daß bei Abgabe des Gebotes noch keine Veränderung der Sachlage eingetreten war. Schon für den Fall des völligen Unterganges des Grundstücks ist man in der Rechtslehre verschiedener Ansicht. Nach einer Meinung ist der Zuschlagsbeschluß nichtig und kann deshalb auch nicht durch Ablauf der Beschwerdefrist in Rechtskraft erwachsen, sodaß demnach der Ersteher die Zahlung seines

---

den Ersteher übergeht, ist als Ausnahmebestimmung zu erachten. § 56, 2. Halbsatz ZVG.

[1]) *a. A. Huber 267.*

Gebotes verweigern darf. Es ist auch die Ansicht der Motive,[2]) daß der Zuschlag eines untergegangenen Grundstücks ebenso nichtig sein würde wie die Versteigerung einer nicht vorhandenen Sache. Schon Kormann[3]) hat darauf hingewiesen, daß ein Staatshoheitsakt, der auf einen rechtlich oder tatsächlich nicht möglichen Erfolg gerichtet ist, als nichtig anzusehen ist. Dies gilt insbesondere dann, wenn sich der Staatshoheitsakt auf eine unmögliche Handlung richtet. An den Naturgesetzen und Gegebenheiten scheitert selbst der Hoheitswille des Staates. Wenn der Staatshoheitsakt über ein nicht vorhandenes Objekt eine Verfügung treffen will, so ist er wegen Unmöglichkeit nichtig.

Reinhard-Müller[2]) wie Jaeckel[2]) halten trotzdem den Zuschlag für gültig, da er möglicherweise nicht völlig inhaltlos geworden ist, sondern sich nun auf etwaige Surrogate, beispielsweise Schadensersatzansprüche, Versicherungsansprüche usw. erstrecke. Zwischen Reinhard und Jaeckel bestehen wiederum Meinungsverschiedenheiten, was unter einem völligen Untergang des Grundstücks zu verstehen ist. Jaeckel faßt diesen Begriff mehr wirtschaftlich auf, indem er eine tatsächliche Zerstörung der Bestandteile des Grundstücks, beispielsweise ein Abbrennen des Fabrikgrundstücks bis auf die Grundmauern genügen läßt, während Reinhard hierzu einen tatsächlichen Untergang des Grund und Bodens, etwa ein Versinken eines an der Meeresküste gelegenen Grundstücks infolge einer Sturmflut unter dem Meeresspiegel, erfordert. Mag man auch der Ansicht von Jaeckel darin beistimmen, daß durch die an die Stelle der Sache tretenden Gegenstände, etwa die Versicherungssumme beim Fabrikgrundstück als Surrogat oder die sich landeinwärts flüchtenden Rinderherden bei der versinkenden Marschwirtschaft als Zubehör, noch einen Wert darstellen, so handelt es sich doch nicht mehr um diejenigen Gegenstände, die tatsächlich versteigert werden sollten, nämlich um Grundstücke und auch nicht einmal um etwas ähnliches, was zugeschlagen wurde, sondern um ein aliud. Der Zuschlag ist also bei der Ansicht von Reinhard über den Begriff, was völliger Untergang des Grundstücks bedeutet, zwar nicht gegenstandslos, so doch wenigstens gegenstandsverschieden. Und in dieser Hinsicht muß, selbst wenn man die immer betonte größere Rechtsbeständigkeit und Rechtswirksamkeit des Zuschlags im Falle von Gesetzesverletzungen als Staatshoheitsakt anerkennt, doch auch berücksichtigt werden, daß der Wille des Erstehers auch eine gewisse Rolle im Zwangsversteigerungsverfahren spielt, und daß ihm nicht

[2]) *Motive zu § 56 ZVG. anderer Ansicht Jaeckel § 56 Anm. 2, Reinhard-Müller Anm. 2 II 6 e zu § 56. Kretzschmar S. 111.*

[3]) *Kormann System S. 232.*

etwas völlig Verschiedenes von dem zugeschlagen werden kann, was er beantragt hat. Denn ein Verbleiben in den Grenzen des Antrags des Erstehers ist auch dem kraft hoheitlicher Gewalt handelnden Versteigerungsrichter zur Rechtswirksamkeit seiner Tätigkeit geboten, was auch daraus hervorgeht, daß der Zuschlag eines völlig fremden Grundstücks, auf das sich weder das Gebot des Erstehers noch das Versteigerungsverfahren bezog, nichtig ist.

Sobald man den Begriff „völliger Untergang des Grundstücks" im Sinne von Jaeckel, also nur wirtschaftlich nicht rein tatsächlich auffaßt, ist der Zuschlag an dem abgebrannten Fabrikgrundstück weder gegenstandslos noch gegenstandsverschieden, sodaß der Zuschlag, wenn er, was zwar nicht geschehen soll, trotzdem ergeht, vorläufig wirksam ist und nur durch Beschwerde aus der Welt zu schaffen ist. Die von Jaeckel, behauptete Gleichheit in der Rechtsansicht mit Reinhard ist meiner Ansicht nach nur eine scheinbare, da beide Verfasser von anderen Voraussetzungen, nämlich einem verschiedenen Begriffe des „völligen Unterganges" ausgehen. Wenn das Grundstück tatsächlich untergegangen ist, also als räumlich begrenzte Fläche des Erdbodens nicht mehr vorhanden ist, ist der Zuschlag gegenstandslos, also nichtig.[4]) Faßt man den Untergang nur wirtschaftlich[5]) auf, die auf dem Grundstück errichtete Fabrik läßt das Grundstück als Fabrikgrundstück besonders wertvoll und charakteristisch erscheinen, sodaß der Boden gegenüber den Bestandteilen nur untergeordnete Rolle spielt, und schon ein Untergang der Bestandteile, ein Abbrennen der Fabrik bis auf die Grundmauern zur Erfüllung des Tatbestandes des völligen Untergangs genügt, so hat der Zuschlag noch immer infolge des noch vorhandenen Grund und Bodens einen gewissen Inhalt und ist nicht gegenstandslos. Ein solcher Zuschlag muß, wenn er ergangen sein sollte, durch Einlegung der Beschwerde beseitigt werden.

Schon die Verschiedenheit des Begriffs des völligen Untergangs bei Reinhard und Jaeckel haben die Abgrenzung zwischen völliger und teilweise Unmöglichkeit und bloßer Verschlechterung angedeutet. Hinzu kommt noch des besonderen, daß nach diesen Schriftstellern[6]) die Gefahr der zufälligen Verschlechterung des Grundstücks schon vor dem Zuschlag zu Lasten des Erstehers geht, die des teilweisen Untergangs aber nicht. Jaeckel behauptet, daß die Feststellung, ob der Fall des teilweisen Untergangs oder der einer bloßen Verschlechterung vorliegt, Tatfrage sei. Mit Recht

[4]) *a. A. Reinhard in Z. Freiw. Gerichtsbarkeit 18, 271.*

[5]) *So Jaeckel.*

[6]) *Reinhard Z. Freiw. Gerichtsbarkeit 18, 269, Jaeckel § 56 Anmerk. 1.*

hat schon Reinhard wiederum dargelegt, daß ein begrifflicher Unterschied zum teilweisen Untergang oder bloßer Verschlechterung sich nicht aufstellen läßt. Ein teilweiser Untergang ist stets auch eine Verschlechterung. Nach Reinhard kann nur die größere oder geringere Bedeutung, die das schädliche Ereignis für das Grundstück hat, den Maßstab dafür abgeben, ob teilweiser Untergang oder bloße Verschlechterung vorliegt. Diese Grenze ist aber außerordentlich flüssig und unsicher und läßt breiten Raum übrig für den Streit.

Abzulehnen ist die Ansicht von Fischer-Schäfer[7]) und von der Pfordten, die nicht einmal einen teilweisen Untergang sondern nur eine bloße Verschlechterung darin sehen, wenn das Fabrikgrundstück bis auf die Grundmauern niederbrennt, und die zum teilweisen Untergang ein teilweises Verschwinden der Bodenfläche verlangen. Hier ist mit Recht von Reinhard auf die Verkehrsanschauung verwiesen worden, die in den Gebäuden gegenüber der Grundfläche den Mehrwert erblickt.

Reinhard und Jaeckel ist auch von der hier vertretenen Anschauung aus darin beizustimmen, daß wenn der Zuschlag ergangen und in Rechtskraft erwachsen ist, die durch ihn geschaffenen Rechtsverhältnisse unabänderlich sind. Denn der Zuschlag eines teilweise untergegangenen Grundstücks ist nicht gegenstandslos und somit nicht nichtig. Ob der Zuschlag nicht hätte erteilt werden sollen, — eine Sollvorschrift, — ist eine noch später zu erörternde Frage. Als Staatshoheitsakt besteht er solange zu Recht, bis er aufgehoben ist. Er ist auch nicht zum Unterschiede zu dem vorhin erwähnten Fall des gänzlichen Unterganges des Grundstücks, anstelle dessen der Surrogationsgegenstand, die Versicherungssumme, zugeschlagen werden soll, inhaltsverändert; kein „aliud" sondern ein „minus" wird zugeschlagen.

An dieser Stelle der Untersuchung muß, um vielen Zweifelfragen aus dem Wege zu gehen, in denen sich oft wiederum die verschiedensten Ansichten gegenüber stehen und die die weitere Untersuchung nur erschweren und undurchsichtig machen würden, zu der Behauptung Stellung genommen werden, die bis jetzt unwidersprochen überall im Schrifttum wiederkehrt:

> Die Gefahr der zufälligen Verschlechterung soll den Ersteher von der Abgabe des Gebotes an, noch vor dem Ergehen des Zuschlags, treffen.

Aus dieser Behauptung ergeben sich die äußerst heiklen Fragen der Abgrenzung zwischen teilweiser Unmöglichkeit und bloßer Ver-

[7]) *Fischer-Schäfer § 56 Anm. 1 a, von der Pfordten Bemerk. 2 a § 56.*

schlechterung. Denn eine teilweise Unmöglichkeit, die vor dem Zuschlag eingetreten ist, soll nach der Ansicht der Lehre nicht zu Lasten des Erstehers gehen, dagegen aber die bloße Verschlechterung. Den Satz, daß die Gefahr der zufälligen Verschlechterung den Ersteher schon vor dem Zuschlag trifft, leitet man allgemein aus § 56 Satz 3 ZVG. her. „Ein Anspruch auf die Gewährleistung findet nicht statt." Aus diesem Satz ergibt sich aber nicht die Folgerung, die die herrschende Ansicht immer mit größter Selbstverständlichkeit zieht. Dieser Satz spricht nur aus, daß dem Ersteher keine Gewähr wegen Mängel der versteigerten Sache gegeben wird. Er erwirbt die Sache so, wie sie steht und liegt. Eine Gewährleistung für Mängel im Recht braucht schon deshalb nicht gegeben zu werden, da durch den staatshoheitlichen Akt, wie schon dardargelegt, fremde Rechte ausgeschlossen werden. Aber auch bezüglich der Mängel der Sache findet keine Mängelgewährschaft statt; es werden keine Eigenschaften zugesichert, wegen Sachfehlern dürfen keine Schadensersatzansprüche gestellt werden. Diese Vorschriften, wie überhaupt der allgemeine Grundsatz bei der Versteigerung, daß für die Sache keine Garantie gegeben wird, entspringt dem allgemeinen Verkehrsbedürfnis. Der Staat, der fremde Sachen veräußert, kann keine Zusicherungen und Gewähr bei Sachen geben, die das Staatsorgan selbst nur flüchtig oder wie bei Grundstücksversteigerungen überhaupt nicht kennt. Nur dies will der § 56 Satz 3 ZVG. besagen, nicht mehr und nicht weniger. Der Ersteher erwirbt das Grundstück in dem Zustand, in dem es sich in dem Augenblick des Zuschlags befand, mit allen seinen guten Seiten und Fehlern ohne Gewährpflicht des Staates oder sonst eines Dritten.

Die Folgerungen, die bisher allgemein aus dem § 56 Satz 3 gezogen worden sind, sind unbegründet und daher abzulehnen. Durch dieses Erkenntnis kommen wir gegenüber der herrschenden Ansicht, der es bisher noch nicht geglückt ist, eine klare Grenzlinie zwischen Verschlechterung und teilweiser Unmöglichkeit zu ziehen, was für die herrschende Ansicht um so wichtiger wäre, da der Ersteher zwar nicht die Unmöglichkeit tragen soll, dagegen aber die Verschlechterungen zu seinen Lasten gehen sollen, in die angenehme Lage, auf Abgrenzungen von teilweiser Unmöglichkeit und bloßer Verschlechterung verzichten zu können. Beides hat der Ersteher nach der hier vertretenen Ansicht erst vom Zuschlag an zu tragen.

Übrigens ist es auch nicht recht einzusehen, wenn Verschlechterung und teilweise Unmöglichkeit keine Wesensverschiedenheiten sondern nur Abstufungen eines ähnlichen Ereignisses sein sollen, warum das schädigende Ereignis, wie es die herrschende Ansicht will, wenn es sich etwas milder und schwächer auswirkt,

den Ersteher, wenn es sich aber stärker und verhängnisvoller auswirkt, den Vollstreckungsschuldner treffen soll.

Irgend ein Rechtsgrund für die verschiedene Behandlung dieser ähnlichen Fälle ist nicht ersichtlich.

Demgemäß gehen bis zum Zuschlag selbst nach Abgabe des Gebotes alle zufälligen Verschlechterungen wie auch der teilweise oder völlige Untergang des Grundstücks zu Lasten des Vollstreckungsschuldners, nach dem Zuschlag zu Lasten des Erstehers. Der Zuschlag ist der Schneidepunkt, was vor ihm liegt, trifft den Vollstreckungsschuldner, was nach ihm liegt, den Ersteher.

Aus diesem Grundsatz heraus ergibt sich auch, daß der Zuschlag nicht ergehen soll, wenn nach Abgabe des Gebotes eine Verschlechterung oder teilweiser Untergang des Grundstücks eingetreten ist. Ist er gleichwohl ergangen, so muß er im Beschwerdewege wieder zu Fall gebracht werden. Nach Ablauf der Beschwerdefrist ist er in Rechtskraft erwachsen und damit sind die durch den Zuschlag geschaffenen Rechtsverhältnisse unabänderlich.

Das Gebot selbst wird in der Erwartung abgegeben, daß der Zustand des Grundstücks auch beim Zuschlag so bleibt, wie er bei Abgabe des Gebotes vorhanden war. Daß diese clausula rebus sic stantibus dem Gebote bis zur Erteilung des Zuschlags zu Grunde zu legen ist, erklärt sich aus der schon dargelegten besonderen vom bürgerlichen Recht abweichenden Struktur der Rechtsbeziehungen in der Zwangsversteigerung und deren Begründung im Zuschlag. Die clausula r. s. st. mag im bürgerlichen Recht grundsätzlich nicht anwendbar sein. Treten nach Vertragsabschluß veränderte Umstände ein, so können diese die einmal getroffenen Parteivereinbarungen nicht erschüttern. Sie gehen vielmehr zu Lasten der durch sie beschwerten Partei. Diese Regelung hat seinen guten Grund für Rechtsbeziehungen, die schon abgeschlossen sind. Anders wird es aber, wenn, wie in der Abgabe des Gebotes, Rechtsbeziehungen erst angebahnt werden, der Schwerpunkt der Rechtsbeziehungen im Zuschlag liegt, diese überhaupt erst in ihm geschaffen werden. Daß unsere Behauptung,[8]) daß der Zuschlag nicht ergehen dürfe, wenn das Gebot unter anderen tatsächlichen Voraussetzungen abgegeben ist als sie beim Zuschlag vorlagen, also nachträgliche beachtliche Veränderungen eingetreten sind, nicht hinein konstruiert wird, sondern vom Gesetzgeber anerkannt ist, ergibt sich aus folgendem: Nach § 83 Ziff. 6 ZVG. ist der Zuschlag zu versagen, wenn die Zwangsversteigerung aus einem sonstigen Grunde unzulässig ist. Ein Verstoß gegen diese Vorschriften führt gemäß § 84 ZVG. immer zur Aufhebung des Zuschlags in der Beschwerde-

[8]) *Reinhardt Zentralblatt Freiw. Gerichtsbarkeit 1918 S. 271.*

instanz. Insbesondere verweist auch noch § 100 ZVG. darauf, daß die Beschwerde darauf gestützt werden kann, daß der Zuschlag unter anderem als den der Versteigerung zu Grunde gelegten Bedingungen erteilt ist. Zu den gesetzlichen Bedingungen gehören die Vorschriften über die Gefahrtragung § 56 ZVG. Diese soll erst für den Ersteher im Augenblick des Zuschlags eintreten. Schlägt man dem Ersteher ein zwischen Abgabe des Gebotes und Zuschlagserteilung eine Verschlechterung erleidendes Grundstück zu und gibt man ihm auch keine Möglichkeiten zur Abwendung der Wirkungen eines einmal erteilten Zuschlagsbeschlusses, so bürdet man ihm hiermit die Gefahrtragung vor dem Zuschlag auf, was eben nicht der Wille des Gesetzes ist. Aus dem Grunde läßt sich auch nicht etwa die Vorschrift über Minderung des Kaufpreises anwenden, wenn der Ersteher ein nach Abgabe des Gebotes durch Verschlechterungen entwertetes Grundstück zugeschlagen erhält. Der Zuschlag sollte, wenn wesentliche Verschlechterungen eingetreten sind, überhaupt nicht erteilt werden, da er nicht mehr den Voraussetzungen, unter denen der Ersteher das Gebot abgegeben hat, entspricht. Ist er aber erteilt worden, dann ist er durch Beschwerde wieder aufzuheben.

Bezüglich teilweiser Unmöglichkeit, — bei Verschlechterung steht die sonst die in sich selbst in vielen Einzelheiten uneinige Lehre ausnahmsweise einmütig auf einem von hier abweichenden Standpunkt, — verwirft auch die herrschende Ansicht[9] die Möglichkeit einer Minderung des Gebotes.

Zusammenfassend ist also festzustellen:

Nur bei völligem Untergang, das Grundstück verschwindet von der Oberfläche, ist der Zuschlag nichtig. In allen anderen Fällen ist er zwar mit Mängeln behaftet, aber grundsätzlich heilbar, sodaß nach Ablauf der Beschwerdefrist die durch ihn geschaffenen Rechtsbeziehungen unabänderlich sind. Da das Gebot unter der Erwartung abgegeben wird, daß die Verhältnisse beim Zuschlag die gleichen wie bei Abgabe des Gebotes sind und diese Bedingung im Gesetz auch anerkannt ist, so soll der Zuschlag schon dann nicht erteilt werden, wenn eine wesentliche Verschlechterung des Grundstücks zwischen Abgabe des Gebotes und Erteilung des Zuschlags eingetreten ist. Ist der Zuschlag gleichwohl erteilt, so können seine Wirkungen nur noch durch die Beschwerdeinstanz und auch nur innerhalb der Beschwerdefrist beseitigt werden.

[9]) *Kretzschmar S. 111, v. d. Pfordten S. 274, Reinhardt Komm. zu § 56, Jaeckel zu 56.*

Lebenslauf.

Ich wurde am 6. September 1910 zu Glatz in Schlesien geboren. Meine Eltern sind der Oberlandesgerichtspräsident Rudolf Schneider zu Hamm Westf. und dessen Ehefrau Elisabeth. Ich besuchte die Volksschule in Glatz und das Gymnasium zu Glatz, Breslau und Beuthen, wo ich im Jahre 1928 meine Reifeprüfung mit Gut bestand. An inländischen Universitäten habe ich in München, Berlin und Breslau studiert. Ich bestand am 12. März 1932 am Oberlandesgericht Breslau das Referendarexamen mit Gut und befinde mich zur Zeit am Amtsgericht zu Bad Reinerz zu meiner weiteren juristischen Ausbildung.

Bad Reinerz, den 15. September 1932.

Horst Wilhelm Schneider.